Umfang und Wirkung des Selbstkontrahierens

(Vornahme von Geschäften mit sich selbst).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau

ACAD
LANDBAT
BIBL.

vorgelegt von

Max Dopatka,
Hauptmann a. D.

Breslau 1909.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meiner lieben Frau Anna-Maria geb. Lariseh.

Meiner liebsten Frau Anna-Maria geb. Larisch.

Inhalts-Verzeichnis.

I. Hauptteil: Einleitung. Seite

Begriff und Bedeutung des Selbstkontrahierens 1

A. Begriff 1

B. Bedeutung 3

1. In theoretischer Beziehung 3

2. In praktischer Beziehung nach den römischen Quellen und der gemeinrechtlichen Entwickelung 7

II. Hauptteil: Wie regelt das moderne deutsche Recht das Selbstkontrahieren? 11

A. Das Bürgerliche Gesetzbuch 11

B. Das Handelsrecht 15

C. Das Seerecht 23

D. Das Wechselrecht 24

III. Hauptteil: Allgemeine Wirkung des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuches 27

A. Wer hat als Vertreter im Sinne des § 181 zu gelten? . . 27

B. Ist eine Untervertretung zulässig und welche Bedeutung hat dieselbe für das Selbstkontrahieren? 32

IV. Hauptteil: Wirkung des § 181 auf einzelnen besonderen Rechtsgebieten 38

A. Mit Bezug auf den § 873 Bürgerlichen Gesetzbuchs . . . 38

1. Bei Übertragung von Grunddienstbarkeiten 38

2. Bei Auflassungen 41

3. Bei Bestellung einer Eigentümerhypothek 43

B. Im Familienrecht 45

C. Im Erbrecht 48

V. Hauptteil: Schlußbetrachtung 52

Inhalts-Verzeichnis.

I. Hauptteil: Einleitung. Seite

Begriff und Bedeutung des Selbstkontrahierens 1

A. Begriff 1

B. Bedeutung 3

1. In theoretischer Beziehung 3

2. In praktischer Beziehung nach den römischen Quellen und der gemeinrechtlichen Entwickelung 7

II. Hauptteil: Wie regelt das moderne deutsche Recht das Selbstkontrahieren? 11

A. Das Bürgerliche Gesetzbuch 11

B. Das Handelsrecht 15

C. Das Seerecht 23

D. Das Wechselrecht 24

III. Hauptteil: Allgemeine Wirkung des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuches 27

A. Wer hat als Vertreter im Sinne des § 181 zu gelten? . . 27

B. Ist eine Untervertretung zulässig und welche Bedeutung hat dieselbe für das Selbstkontrahieren? 32

IV. Hauptteil: Wirkung des § 181 auf einzelnen besonderen Rechtsgebieten 38

A. Mit Bezug auf den § 813 Bürgerlichen Gesetzbuchs . . . 38

1. Bei Übertragung von Grundstücksrechten 38

2. Bei Auflassungen 41

3. Bei Bestellung einer Eigentümerhypothek 43

B. Im Familienrecht 45

C. Im Seerecht 48

V. Hauptteil: Schlußbetrachtung 52

Literatur.

Allgemeines Landrecht, Teil I.

Behrend, Handelsrecht.

Biermann, Bürgerliches Recht I.

Cosack, Bürgerliches Recht II. 1. u. 2. Aufl. und 4. Aufl.

— Handelsrecht. 5. Aufl.

Corpus iuris civilis.

Corpus iuris canonici.

Dernburg, Bürgerliches Recht I und IV. 1903.

— Preußisches Privatrecht. 5. Aufl. II.

— Vormundschaftsrecht. 3. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht I. 2. Aufl.

Endemann, Bürgerliches Recht I und III. 3. und 4. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 7, 11, 24, 47, 48, 51, 52, 53, 56, 58.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bd. 1, 2, 3, 4, 5, 18.

Entscheidung. d. Obersten Landesgerichts in München, Bd. 1, 3, 4.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, Bd. 8, 2. Aufl. 1879.

Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Aufl. 1906.

Fuchs, Grundbuchrecht. Berlin 1902. Bd. 1.

Gareis-Fuchsberger, Allgem. deutsches Handelsgesetzbuch.

Grünhut, Recht des Kommissionshandels. Wien 1879.

Handelsgesetzbuch.

Handelsgesetze des Erdballs, herausgegeben von Borchardt.

Hölder, E., Kommentar z. Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1900. Bd. 1.

Hupka, Die Vollmacht. Leipzig 1900.

Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1898.

Jahrbuch des deutschen Rechts. Bd. 6.

Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 20, 21, 22, 23, 25, 26, 29, 30.

Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 2, 10, 50.

Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1901, 1902, 1903, 1905.

Kohler, Bürgerliches Recht I.

Kuntze, Johann Emil, Die Lehre von den Inhaberpapieren. Leipzig 1857.

Leonhard, R., Der Allgemeine Teil des B.G.B. in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft, 1900.

Motive zum ersten Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches.

Planck, Bürgerliches Recht I, IV und V. 3. Aufl.

Predari, Grundbuchordnung.

Reichsgesetzblatt von 1896 und 1897.

Rümelin, Selbstkontrahieren der Stellvertreters.

Sächsisches bürgerliches Gesetzbuch von 1863.

Seufferts Archiv V, XVIII.

Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund. Berlin 1873.

Sitzungsprotokolle der II. Lesung des Entwurfs zum B.G.B.

Strohal, Erbrecht.

Schmidt-Hedemann-Fuchs, Familienrecht, 1. Hälfte.

Schwarz, Deutsches Privatrecht.

Staub, Kommentar z. Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1906. Bd. 1.

Thöl, Handelsrecht. Bd. 2.

Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. 2. Aufl. Bd. 2.

Wechselordnung.

Windscheid, Pandekten. 9. Aufl. Bd. 1, 2.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 12, 19, 29, 41.

I. Begriff und Bedeutung des Selbstkontrahierens.

A. Begriff.

Die unmittelbare Bedeutung der Worte „Selbstkontrahieren“ oder „Vertragsschluß mit sich selbst“ liegt darin, daß der Selbstkontrahent, d. h. derjenige, welcher die Handlung vornimmt, zwei Rollen spielt, so daß sein Handeln das normalerweise erforderliche Handeln zweier Personen ersetzt. Dabei kann durch den Selbstkontrahierungsakt das Handeln zweier dritter Personen oder aber eine eigne andere Handlung des Selbstkontrahenten und eine fremde Handlung ersetzt werden. Die Handlung des Selbstkontrahenten bestimmt sich hierbei der Reihe nach derart, daß er entweder über zwei getrennte fremde Rechte verfügt, in seiner Eigenschaft als Vertreter eines jeden der beiden Eigentümer derselben oder daß er in eigener Verfügungsberechtigung über zwei eigene getrennte Vermögensmassen zwischen denselben eine Rechtswirkung vornimmt oder schließlich, indem er über nur ein eigenes und zugleich über ein fremdes Recht verfügt, dessen Eigentümer er vertritt. Die Vorstellung eines Selbstkontrahierens bringt also notwendig die Vorstellung einer Stellvertretung in weitestem Sinne mit sich. Unter Stellvertretung in weitestem Sinne ist dabei jedes Handeln einer Person zu verstehen, das an Stelle des Handelns einer anderen Person, die eigentlich selbst handeln sollte, tritt; gleichgültig, ob dies Eintreten für den anderen in dessen Interesse oder im eignen Interesse erfolgt. Dieses Ersatz- oder Stellvertretungsverhältnis kann die verschiedenartigsten Begründungen haben. Als Normalfall ist derjenige zu bezeichnen, daß eine Person im Interesse einer anderen legitimiert wird, durch Abschluß von Verträgen mit dritten Personen namens

des Vertretenen bestimmte Wirkungen zwischen diesem und dem Dritten hervorzubringen, und daß nunmehr auf Grund dieser Legitimation angenommen wird, es können durch bestimmte Akte dieselben Wirkungen auch zwischen dem Handelnden selbst und dem von ihm Vertretenen hervorgebracht werden.

Das Handeln des Selbstkontrahenten ist hiernach nur materiell zweiseitig, formell dagegen ein nur einseitiger Akt, so daß man geneigt sein könnte, das Selbstkontrahieren als ein einseitiges Rechtsgeschäft zu bezeichnen, welchem im Rechtsleben nur so viel Kraft beizumessen wäre, als von der Rechtsordnung sanktioniert wird. Diese Begriffsbestimmung hat jedoch den Übelstand, daß sich hieraus eine Zusammenfassung äußerst verschiedener Fälle ergeben würde, deren Begrenzung, nur in der Vorstellung eines Ersatzverhältnisses zwischen einseitigem Akt und Vertragstatbestand liegend, eine äußerst unklare würde.

Durch die Wissenschaft, speziell in der gemeinrechtlichen Doktrin, hat sich ein bestimmter Sprachgebrauch für die Bedeutung des Selbstkontrahierens herausgebildet, der zunächst davon ausging, daß ein Vertreter im engeren Sinne, d. h. eine Person, der eine Dispositionsmacht über ein fremdes Vermögen im Interesse des Vermögensinhabers eingeräumt ist, diese Stellung dazu benützen konnte, gewisse Wirkungen zwischen sich und dem Inhaber des fremden Vermögens oder zwischen diesem letzteren und einer dritten Person, über deren Vermögen er ebenfalls Dispositionsmacht hat, herbeizuführen. Unter Dispositionsmacht ist dabei die Berechtigung zu verstehen, Dritten gegenüber durch Rechtsgeschäft über das betreffende Vermögen zu verfügen. Allmählich ist dieses Recht zu einer Dispositionsmacht ausschließlich in fremdem Interesse umgestaltet worden, so daß der wissenschaftliche Sprachgebrauch nunmehr auch diejenigen Fälle umfaßte, in welchen eine Dispositionsmacht über fremdes Vermögen der betreffenden Person in ihrem eignen Interesse zusteht, so daß auf Grund dieser Dispositionsmacht gegen-

über dem Disponenten selbst oder einem von ihm Vertretenen Wirkungen herbeigeführt werden sollen. Dahin würde beispielsweise der Fall zu rechnen sein, wenn der Pfandgläubiger sein Verkaufsrecht dazu benutzen dürfte, die Sache an sich selbst zu veräußern. Die geschichtliche Entwickelung hat hier den nachstehend geschilderten Gang gehabt: nach römischem Recht durfte der verkaufende Pfandgläubiger das Pfand für sich nicht erwerben (nemo secum contrahere potest C. 8, 27, 10); nach älterem deutschem Recht erhielt der Pfandgläubiger bei Nichteinlösung der Schuld an dem Pfande Besitz und Nutzung, d. h. die Gewere[1]), nach B.G.B. § 1239, Z.P.O. § 817 Abs. 4 kann er bei der Versteigerung des Pfandes mitbieten und das Pfand erwerben. Überhaupt waren es, wie Leonhard[2]) sagt, die Bedürfnisse des Vermögensverkehrs, die eine Überwindung des strengen römischen Rechts bewirkt haben. Das entscheidende Kriterium wäre danach für den wissenschaftlichen Sprachgebrauch die Anknüpfung des einseitigen Rechtsgeschäfts an ein zunächst zu anderem Zweck, nämlich um mit dritten Personen Verträge schließen zu können, dem Selbstkontrahenten eingeräumtes Verfügungsrecht, so daß die Selbstkontrahierungsbefugnis als bloße Akzession der Dispositionsmacht Dritten gegenüber erscheint, während der Hauptzweck die Konstituierung der letzteren ist. Wie weiter unten gesagt wird, birgt die erstere durch die Interessenkollision, welche sie vielfach in sich schließt, mancherlei Gefahr, so daß sie im allgemeinen nur dann außer Zweifel gestellt ist, wenn der Gesetzgeber es durch die Form seiner Anordnung hervorhebt.

B. Bedeutung.

1. In theoretischer Betrachtung.

Die Einigung zweier selbständiger Willen, wie sie beim Vertrag erforderlich ist, liegt beim Selbstkontrahieren nicht

[1]) Schwarz, Deutsches Privatrecht 1907, S. 213.

[2]) Leonhard, R., Der allgemeine Teil des B.G.B. in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft. S. 305.

vor. Der Vorgang beim Vertragsschluß ist von dem beim Selbstkontrahieren von Grund aus verschieden, da bei letzterem psychologisch immer nur ein Willensentschluß erfolgen kann, wenn derselbe auch auf Grund einer Ausgleichung widerstrebender Erwägungen gefaßt wird. Ebenso liegt beim Selbstkontrahieren auch keine wechselseitige Willenserklärung vor, da von seiten des Selbstkontrahenten niemals eine genügende Willenserklärung abgegeben werden kann, weil eine Erklärung gegen sich selbst unmöglich rechtlich bindend sein kann. Wie man demnach in keiner Weise vom Zusammentreffen zweier korrespondierender Willensentschlüsse sprechen kann, so kann auch beim Selbstkontrahieren in keiner Weise von einer wechselseitigen Willenserklärung die Rede sein. Der eine Willensentschluß kann auch nur einseitig erklärt werden, sei es nun, daß die Erklärung an den Vertretenen sich richtet, sei es, daß sie ins Unbestimmte abgegeben, oder wie man sich auch ausdrücken kann, an die Rechtsordnung selbst adressiert wird. Eine bloße Scheinoperation wäre es, wenn bei der Erklärung der einheitliche Willensentschluß, einen bestimmten Erfolg zwischen den beiden in Betracht kommenden Vermögen herbeizuführen, in zwei Bestandteile, eine Offerte und ein Akzept, zerlegt würde. Wert- und sinnlos wäre es, wenn die Rechtsordnung innerhalb des formlosen Geschäfts ihre Sanktion an ein zweimaliges Aussprechen des Willensentschlusses knüpfen wollte.

Es ist diesem Rechtsgebiete in der Wissenschaft und in der Praxis so lange keine größere Beachtung gewidmet worden, als auch das Verkehrsbedürfnis mangels geringerer Ausbildung der Vertretungstheorie nicht darauf hinwies. In der früheren Literatur hat Bremer[1]) im 11. Bande von Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß (S. 243 ff.) erklärt, daß auf Grund des constitutum possessorium die einseitige Eigentumsübertragung von seiten eines Vertreters auf den Vertretenen möglich sei, ohne jedoch den Zu-

[1]) Nach Rümelin S. 3 in Lindes Zeitschrift Bd. 11; findet sich jedoch dort nicht vor.

sammenhang dieser Frage mit der Frage nach Zulassung des Selbstkontrahierens zu berühren. Auf diesen Zusammenhang wird zum Schluß dieser Abhandlung noch zurückgekommen werden; jedenfalls muß schon jetzt gesagt werden, daß eine Verallgemeinerung dieses Rechtssatzes anfechtbar erscheint. Bezüglich des Selbstkontrahierens hat zuerst Römer in einem Aufsatze „Über das Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst" im 19. Bande der Zeitschrift für Handelsrecht S. 67 ff. diese Frage eingehend näher behandelt und gelangte zu einem von den bisherigen Ansichten grundsätzlich abweichenden Resultat, indem er nachstehende zwei Hauptgrundsätze aufstellte:

1. Während es allerdings undenkbar ist, daß jemand Rechte gegen sich selbst erwirbt, ist es psychologisch recht wohl möglich, daß durch Willenserklärung nur einer Person Rechte und Pflichten zwischen zwei Vermögenskomplexen, über welche jener Person die Verfügung zusteht, begründet werden. Es wird dabei nichts Unmögliches, in sich Widerspruchsvolles gewollt und „eine andere Schranke als diese psychologische ist dem Willen nicht gesetzt".
2. Jedes Recht, daß die direkte Stellvertretung beim Vertragsschluß im Prinzipe zuläßt, ist genötigt, auch das Selbstkontrahieren prinziell anzuerkennen. Denn wenn der Wille des Vertreters als Wille des Vertretenen gilt, so muß das Recht annehmen, daß im Falle des Selbstkontrahierens zwei Willen in Tätigkeit treten.

Den prinzipiellen Standpunkt Römers von der Möglichkeit des Selbstkontrahierens haben unter den neueren Schriftstellern Dernburg[1]), Behrend[2]), v. Hahn[3]), Grünhut[4]) u. a. geteilt.

[1]) Dernburg, Vormundschaftsrecht. 3. Aufl. § 42, S. 169, Anm. 9.
[2]) Behrend, Handelsrecht. § 49, S. 344, 345, Anm. 3.
[3]) v. Hahn, Zeitschrift f. Handelsrecht. Bd. 29, S. 3 ff.
[4]) Grünhut, Recht des Kommissionshandels. Wien 1879. § 43, S. 452, 470, 486.

Es liegt der Kernpunkt der Römerschen Theorie in der Argumentation, daß die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens eine Konsequenz der prinzipiellen Anerkennung der direkten Stellvertretung sei. Oder, um schon auf den in Teil B No. 2 aufgeführten praktischen Entwickelungsgang hinzudeuten, anders ausgedrückt: die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens muß überall dort geleugnet werden, wo ein Recht grundsätzlich nur die Willenseinigung zweier Personen sanktioniert; im übrigen dem Parteiwillen nur in einzelnen bestimmten Fällen die Wirksamkeit zuerkennen, wo also das Verkehrsleben in der Hauptsache von dem Grundsatze der Einigung der Parteien beherrscht wird — sofern die Wirksamkeit des Selbstkontrahierens nicht unmittelbar angeordnet ist oder sich als Konsequenz aus anderen Bestimmungen ergibt. Ferner ist jedoch noch besonders hervorzuheben und ist auch von Römer nicht verkannt worden, daß man bei der Erörterung der Zulassungsmöglichkeit des Selbstkontrahierens die Interessenkollision und die aus ihr sich ergebenden Gefahren unter Umständen für sich allein schon als Hinderungsgrund des Selbstkontrahierens betrachten könnte. Denn unbestreitbar ist es, daß es Geschäfte gibt, bei welchen sich die Interessen der Parteien in solcher Weise gegenüberstehen, daß eine Wahrnehmung beider durch eine und dieselbe Person ohne Benachteiligung des einen oder anderen Teiles unmöglich erscheint. Ein solches Geschäft würde auch in irgendwelcher Weise wegen des zugrunde liegenden Dolus anfechtbar sein. Allein in vielen Fällen liegt die Sache anders. Einmal kann der Inhalt des vorzunehmenden Geschäfts von seiten des einen oder beider Auftraggeber so genau vorgezeichnet sein, oder durch die Interessen des oder der Vertretenen so sicher bestimmt sein, daß dem Vertreter nur die Auswahl eines geeigneten Gegenkontrahenten übrig bleibt oder es wird auch in den Fällen, in welchen man es nicht mit derartigen festbestimmten Geschäftsinhalten zu tun hat, meistens möglich sein, wie das Reichsgericht in der Entscheidung vom 23. XI. 1881 sagt, zu einem für beide Teile be-

friedigenden Resultate zu kommen. Denn auch da, wo die Interessen auf verschiedene Erfolge abzielen, wird die Sache so liegen, daß für den Fall der Nichtrealisierbarkeit des zuerst intendierten Erfolges auch ein anderer zugelassen wird, so daß auf Grund objektiver Erwägungen ein Punkt gefunden werden kann, in dem die Interessen beider Parteien zusammentreffen. Allerdings ist in diesen Fällen die Gefahr vorhanden, daß der Selbstkontrahent die erforderliche objektive Prüfung der Sachlage nicht in gewissenhafter Weise vereint und vielfach wird auch die Kontrolle, ob dies geschehen, sehr schwierig sein und besonders stark würde diese Gefahr sein beim Selbsteintritt des Vertreters in eigner Person, wo dessen eigne Interessen mit denen des Vertreters kollidieren. Auf der anderen Seite ist jedoch der Vorteil in Betracht zu ziehen, den der Vertretene durch die eigne Konkurrenz des Vertreters und etwaiger weiterer Auftraggeber desselben haben kann, dadurch, daß diese Konkurrenz einen leichteren Abschluß des in Frage stehenden Geschäfts ermöglicht.

Ein modernes Recht muß bei dieser Sachlage zur Selbstkontrahierungsfrage Stellung nehmen und kann dieselbe in doppelter Weise zum Ausdruck bringen:

1. Es kann das Selbstkontrahieren prinzipiell ausschließen bis auf bestimmte, festgelegte Sonderfälle, in welchen es gestattet wird.
2. Es kann die Selbstkontrahierungsgeschäfte prinzipiell für gültig erklären, wiederum bis auf bestimmte, festgelegte Sonderfälle, in welchen es verboten wird.

2. In praktischer Beziehung nach römischen Quellen und der gemeinrechtlichen Entwickelung.

Die unter B 1) dargestellte theoretische Bedeutung des Selbstkontrahierens wird im allgemeinen durch die Erfahrungen der Praxis bestätigt. So finden wir bei den Römern das Selbstkontrahieren nur sehr wenig ausgebildet. Als naturgemäßer wesentlichster Hemmungsgrund ist der Mangel der direkten Stellvertretung im römischen Recht

zu bezeichnen. Es gab zwar auch im römischen Recht einen Fall unmittelbaren Rechtserwerbs durch einen anderen, nämlich nach dem Grundsatze, daß dem Hausherrn alles unmittelbar anfällt, was Hauskinder oder Sklaven erwerben. Dies wurde jedoch nicht als Stellvertretung aufgefaßt, denn die Hausgenossen galten gewissermaßen nur als Organe des Hausherrn, so daß der Grundsatz von der Unzulässigkeit der unmittelbaren Stellvertretung hierdurch nicht durchbrochen wurde. Wenn man auch später bei dem gesteigerten Verkehr die Linie der zulässigen tatsächlichen Vertretung sehr weit zog, auch die actiones adiectitiae qualitatis hier unterstützend eingriffen, so daß man zur Möglichkeit eines unmittelbaren Besitzerwerbes und dadurch vermittelten Eigentums- und Pfandrechtserwerbes durch einen Dritten gelangte, so blieb es doch für die Schuldverhältnisse noch im Justinianischen Recht bei der Unzulässigkeit unmittelbarer Vertretung. Denn, da die intontio der adjektizischen Klagen auf den Geschäftsführer, die condemnatio auf den Geschäftsherrn gestellt war, blieb die Trennung der beiden Personen bestehen.

Als Beleg für den ersten Teil der vorangestellten Behauptung dient D. de adquir. rerum dominio 41, 1, 13 pr: Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignoranti; für den zweiten Teil C 4, 27, 1 pr: per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse, indubii iuris est.

Als fernerer Grund gegen die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens muß die große Peinlichkeit betrachtet werden, mit welcher die Römer die Interessenkollision und die aus ihr sich ergebenden Gefahren betrachtet haben. Es kommt dies in den zahlreichen Stellen zum Ausdruck, welche den Satz „tutor in rem suem auctor fieri non potest“ aussprechen oder auf denselben Bezug nehmen. So L. 34 § 7 D. de contr. emt. 18,1. Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt. Ferner D. de

auct. et cons. 26,8 lex 5 § 2, 3, 4, 5. Item ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest, ut emptio nullius momenti sit, quia non bona fide videtur rem gessisse.

Da für die Römer noch andere Hemmungsgründe für die Zulassung des Selbstkontrahierens bestanden, so das Erfordernis, für die Selbstkontrahierungsakte bestimmte Erklärungsformeln auszubilden und die Schwierigkeit, bei dem Überwiegen mündlicher Erklärungsformeln solche zu finden, so ist wohl mit Recht anzunehmen, daß ein Selbstkontrahieren bei ihnen allgemein nicht zulässig gewesen ist und der Satz D. 2, 14, 9 pr: difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat als Grundprinzip zu betrachten ist.

Der Grundsatz der Unzulässigkeit einer unmittelbaren Stellvertretung, der nach dem Vorhergesagten das römische Recht auch noch in seiner höchsten Entwickelung beherrscht hat, ist nicht als gemeinrechtlich anzusehen. Zwar war eine unmittelbare Stellvertretung auch dem deutschen Recht unbekannt, sie wurde aber unter dem Einflusse der naturrechtlichen Schule des 17. Jahrhunderts und in Anlehnung an das kanonische Recht (vgl. Corp. jur. can. cap. 68, in 6to De regulis juris: potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum.), welches dieselbe auch schon gelten ließ, ausgebildet und — als für das moderne Verkehrsleben unentbehrlich — seither in Theorie und Praxis durchweg anerkannt. Allein für das Selbstkontrahieren ist sowohl gemeinrechtlich als auch partikularrechtlich an dem Verbote des römischen Rechts festgehalten worden. Es gibt aus dieser Zeit zahlreiche Entscheidungen, welche von einer „in der Natur der Sache“ begründeten Unmöglichkeit des Vertragsschlusses mit sich selbst reden. Im sächsischen Gesetzbuch wird durch die §§ 1827, 1919, 1920 das Selbstkontrahieren der gesetzlichen Vertreter eingeschränkt in bezug auf Geschäfte usw. zwischen dem Vater und minderjährigen Kindern, zwischen dem Vormund und seinen Pflegebefohlenen und für Auseinandersetzungen zwischen zwei Minderjährigen, während es sonst keinerlei Bestimmungen darüber enthält, also sich offenbar der All-

gemeintheorie vom Verbot derselben anschloß. In Seufferts Archiv Bd. 5 No. 193 ist ein Erkenntnis des O.A.G. zu Jena vom 5. VI. 1834 angeführt, worin eine vom Vormundschaftsgericht geleitete freiwillige Versteigerung einer Berghandlung, wobei der Vormund des minderjährigen Miteigentümers für sich selbst das Meistgebot getan und den Zuschlag erhalten hatte, für nichtig erklärt worden ist. Ebenso hat (Seuff. Arch. Bd. 18 No. 222) das O.A.G. zu Oldenburg entschieden, daß der öffentliche Verkauf eines zu einer Konkursmasse gehörigen Hauses nichtig sei, wenn der Konkursrichter dasselbe bei der von ihm abgehaltenen Versteigerung für seine Rechnung durch einen anderen habe kaufen lassen. In gleichem Sinne hat das Appellationsgericht Leipzig (s. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 8, 2. Aufl. 1879, S. 392, 393) eine Klage abgewiesen, weil es nach den Grundsätzen des Zivilrechtes wie des Handelsrechtes rechtlich unmöglich sei, daß bei einem Vertrage die Stellen einander gegenüberstehender Kontrahenten durch eine und dieselbe Person vertreten werden könnten.

Eine ausnahmsweise Anerkennung eines ähnlichen Geschäftes findet sich bezüglich des Kaufes von Mündelgut in der Auktion und bezüglich des Darlehns, welches der Vormund aus der Mündelkasse entnimmt. Letzteres in einer Entscheidung des O.A.G. zu Rostock Bd. 7 No. 58, S. 245 bis 248, in welcher nur die Zulässigkeit eines dauernden Schuldverhältnisses bei ungenügender Sicherung negiert wird, und zwar in der Weise, daß sich die obervormundschaftliche Behörde durch die Zulassung eines solchen Verhältnisses verantwortlich macht.

Einen wesentlich veränderten Standpunkt, veranlaßt durch Wissenschaft und Gewohnheit, haben der I. Zivilsenat des R.G. in der Entscheidung vom 23. XI. 1881 und der V. Zivilsenat in der Entscheidung vom 27. III. 1881, sowie der II. Strafsenat in der Entscheidung vom 27. XI. 1883 bekundet, indem dieselben hier die rechtliche Möglichkeit eines Selbstkontrahierens zugaben. Es wird in diesen Entscheidungen geltend gemacht, daß die zu einem Vertrage

erforderliche wechselseitige Einwilligung vorhanden sei, sofern der Wille des Vertreters den Vertretenen zu ersetzen vermöge. Daß bei solchen Geschäften entgegengesetzte Interessen durch eine und dieselbe Person wahrgenommen werden müßten, schließe die Möglichkeit derselben nicht aus. Denn auch, wo dies der Fall sei, könne man regelmäßig auf Grund objektiver Erwägungen zu einem den beiderseitigen Interessen entsprechenden Resultate kommen.

Ausgeschlossen ist das Selbstkontrahieren nach der Ansicht des R.G. nur:

1. Wo ein positives gesetzliches Verbot vorliegt.
2. Wo die Vollmacht nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen der Vollmacht erteilenden Partei sich nicht so weit erstreckt.
3. Wenn die Erklärung des Willens von seiten des Selbstkontrahenten eine solche ist, daß sie die einseitige Zurücknahme nicht ausschließt.
4. Im Falle eines dolosen Handelns des Selbstkontrahenten.

II. Wie regelt das moderne deutsche Recht das Selbstkontrahieren?

A. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

In voller Würdigung der durch das moderne Recht den Verkehrsbedürfnissen entsprechend erweiterten Vertretungstheorie wurde bei den Beratungen zum Entwurfe eines B.G.B. von der Reichstags-Kommission der I. Lesung des Entwurfes zum B.G.B. die Möglichkeit des Selbstkontrahierens in vollem Umfange bejaht.[1])

Man erörterte, daß aus dem Vertragsbegriffe, welcher Äußerung des Doppelwillens erfordert, nur folge, daß es nicht genügt, wenn die gedachte Person den Doppelwillen lediglich in ihrem Interesse faßt oder für sich nach Art

[1]) Motive Bd. I, S. 224.

eines Monologes mündlich oder schriftlich verlautbart. Es müssen äußere Tatsachen hinzutreten, welche den auch für Dritte erkennbaren Vertragswillen bezw. Vertragsabschluß zur Genüge ergeben; z. B. Verlautbarung vor zugezogenen Zeugen oder einer zugezogenen Urkundsperson, welche über den Akt eine Urkunde errichtet, ferner Änderung in dem Bestande des einen oder anderen Vermögens, insbesondere durch Zahlung usw., Eintragung in die Handlungs- oder ähnliche Bücher. Hiernach läßt sich das Zustandekommen eines gültigen Vertrages nicht in Abrede stellen. Dem Vertrage steht wie in vielen anderen Beziehungen, so auch in dieser Hinsicht das einseitige Rechtsgeschäft gleich, zu dessen Wirksamkeit erforderlich ist, daß es gegenüber einem Beteiligten vorgenommen wird. Allerdings erschien die Zulassung der Vertretungsmacht in Fällen der fraglichen Art nicht immer ohne Bedenken. Bei dem Widerstreit der Interessen läge die Gefahr des Mißbrauchs nahe und der dem Verletzten etwa zustehende Schadensersatzanspruch biete nur einen beschränkten Schutz, der leicht auch ganz versagen könne. Andererseits aber erschien der Ausschluß der Zulässigkeit durch ein positives Verbot nicht minder mit Übelständen verknüpft. Dasselbe würde vielfach auch unhaltbare Verkehrsschwierigkeiten schaffen und dem Interesse der Vertretenen, anstatt dasselbe zu fördern, nachteilig sein. Man gab daher der Zulässigkeit eines derartigen Handelns in Vertretung, soweit dasselbe nicht gegen allgemeine Rechtsnormen, d. h. besonders gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, den Vorzug und durchbrach, gemäß No. 2 der zum Schluß des vorigen Kapitels aufgestellten Rechtsnorm, diese Regel da, wo besondere Gründe deren Beugung erheischten, durch Sondervorschriften. Solche Sonderbestimmungen sind u. a. erhalten geblieben im § 1795 No. 1 des B.G.B. als § 1650 des ersten Entwurfs über gewisse Handlungen des Vormunds, welche er dem Mündel gegenüber nicht vornehmen kann.[1])

[1]) Vgl. Motive Bd. I, S. 224, 225 und 101, Sitzungsprotokolle, II. Lesung, Buch I, S. 353, 354.

In erhöhter Würdigung der Gefahr der Interessenkollision, welche das Selbstkontrahieren in sich bürgt, kam die Beratungskommission des II. Entwurfs zu der entgegengesetzten Rechtsnorm, nämlich der in No. 1 des vorigen Kapitels bezeichneten, welche das Selbstkontrahieren grundsätzlich ausschließt und nur in besonders bestimmten Fällen zuläßt. Man sah es als zweifellos an, daß das Selbstkontrahieren stets die Gefahr eines Konfliktes der Interessen und einer Schädigung des einen oder anderen Teiles mit sich bringe und die gleiche Gefahr auch in dem Falle bestehe, wenn der Vertreter gleichzeitig als Vertreter beider Teile kontrahiere ohne Unterschied, ob die Vertretung eine gesetzliche oder gewillkürte sei. Es wurde sonach das Selbstkontrahieren durch den jetzt in § 181 im B.G.B. festgelegten Wortlaut folgendermaßen geregelt:

> Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Eine Zuwiderhandlung gegen das Verbot war hiermit als unstatthaft bezeichnet[1]) und brachte demnach absolute Nichtigkeit für die hierdurch getroffenen Rechtsgeschäfte mit sich. Obschon nun die von der ersten Kommission aufgestellte Regel der prinzipiellen Möglichkeit des Selbstkontrahierens aufgegeben und durch die entgegengesetzte ersetzt worden ist, sind die Sondervorschriften beibehalten worden und zwar sollten dieselben als Willenserklärung eines nicht mit Vertretungsmacht ausgestatteten Vertreters gelten, welche noch nachträglich durch erteilte Genehmigung des Vertretenen Wirksamkeit erlangen.[2]) Es sollte dies zum Vorteil des Vertretenen gereichen, damit derselbe in Fällen, wo eiliger Geschäftsabschluß notwendig ist, unter

[1]) Sitzungsprotokolle der II. Lesung, Buch I, S. 353, 354.

[2]) Sitzungsprotokolle der II. Lesung, Buch IV, 3, S. 6347 unten und Motive Bd. I, S. 101, Bd. 4, S. 1088.

Wahrung weiterer Verfügungsbefugnis vor Schaden bewahrt bleibt. Daß die Vorschrift des § 181 außerdem unberührt bleibt, sagt bei dem schon angeführten § 1795 noch der Absatz 2 desselben, welcher bei der zweiten Beratung der Bestimmung hinzugefügt worden ist.

Die allgemeine Bedeutung des § 181 mag aus nachstehend dargelegtem Rechtsfall ersehen werden:

Bei einer aus den beiden Kaufleuten J. und W. bestehenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Firma St. & Co., für welche J. als Geschäftsführer bestellt war, hatte J. infolge mündlicher Rücksprache und darauffolgender schriftlicher Benachrichtigung eine mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung stehende Bank veranlaßt, ihm längere Zeit, und zwar 14 Monate hindurch, jeden Monat 500 ℳ auf sein persönliches Konto gut zu schreiben und dem Konto der Gesellschaft zur Last zu setzen. Bei Ausbruch des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft meldete die Bank diese Forderung an die Gesellschaft in Höhe von 7000 ℳ auf Grund einer ihr eingeräumten Sicherungshypothek mit Absonderungsrecht an.

Die Berechtigung hierfür bestritt der Konkursverwalter und zwar auf Grund des § 181, d. i. wegen Mißbrauchs der Vertretungsbefugnis. In letzter Instanz hat das R.G. diesen Einwand bestätigt unter nachfolgender Begründung (s.. Entscheidungen des R.G. Bd. 51, S. 427). Die Belastung der Gesellschaft durch die Bank ist auf Grund mündlichen Abkommens derselben mit dem Kaufmann J., welchem später ein entsprechendes Schreiben der Gesellschaft St. & Co. nachfolgte, geschehen. Der hierdurch der Bank erteilte und auch erwiesenerweise von ihr angenommene Auftrag enthält gleichzeitig ein Rechtsgeschäft, das zwischen der Firma St. & Co., vertreten durch J., und diesem persönlich vorgenommen wurde, und die auf Herbeiführung der beabsichtigten Rechtswirkung gerichtete Privatwillenserklärung, bei welcher nicht nur die durch J. vertretene Gesellschaft, sondern auch J. persönlich mitwirkte, ist deshalb ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 181. Denn

es liege nicht der Tatbestand des § 414 B.G.B., d. h. einfache Schuldübernahme zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, ohne Zuziehung des alten Schuldners, vor; sondern es treffe § 415 B.G.B. zu, da mit der Auftragserteilung des J. als Vertreters der Gesellschaft an die Bank eine gleichzeitige Vereinbarung des Genannten im eignen Namen mit der von ihm vertretenen Gesellschaft über deren Schuldübernahme und seine eigne Schuldbefreiung verbunden war und hierzu die Mitwirkung aller drei Beteiligten notwendig ist. Auch die Tatbestände des Abs. 2 und 3 des § 415 galten als erwiesen. Auf Grund § 181 in Verbindung mit § 139 B.G.B. machte das Vertragsschließen des J. als Gesellschaftsvertreters mit sich selbst das Rechtsgeschäft seinem ganzen Umfange nach nichtig. Die beiden Ausnahmen des § 181, nämlich daß dem Vertreter ein solcher Vertragsschluß im Namen des Vertretenen mit sich selbst vom Vertretenen gestattet ist, oder daß er ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, liegen ebenfalls nicht vor. Denn nicht schon die Vollmacht, d. h. die Vertretungsbefugnis für sich allein gibt dem Vertretenen die Befugnis, solche Rechtsgeschäfte im Namen des Vertretenen mit sich abzuschließen, die er mit Dritten einzugehen berechtigt ist. Sollte es sich aber um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handeln, so mußte bewiesen werden, daß J. ein Guthaben bei seiner Gesellschaft hatte, auf welchem Rechtsgrunde es beruhte, wann es fällig geworden ist etc. und daß auf diese Weise eine Schuld des letzteren hätte getilgt werden sollen. Dieser Fall lag jedoch auch nicht vor.

Weiterhin wird nunmehr zunächst die Bedeutung des Selbstkontrahierens auf den anderen Gebieten des modernen Rechts einer Betrachtung unterzogen werden.

B. Das Handelsrecht.

Während im allgemeinen der § 181 B.G.B. auch für das Handelsrecht gilt, hat letzteres jedoch noch einige Sonderbestimmungen, welche sich auf das Kommissions-

geschäft beziehen. Die Kommission geht zunächst dahin, daß der Kommissionär das ihm aufgetragene Geschäft mit einem Dritten abschließen solle. Doch ermächtigt sie zugleich den Kommissionär unter gewissen Voraussetzungen (§ 400 H.G.B.) zum Selbsteintritt in das Geschäft. Der Kommissionär darf also selber die Rolle des Dritten übernehmen, darf dem Kommittenten sich selber statt eines Dritten als Gegenpartei bieten. Wenn auch der Kommissionär sich vom Vertreter dadurch unterscheidet, daß seine Handlung nicht unmittelbar, sondern erst unter gewissen Voraussetzungen und Vorbedingungen für den Vertretenen wirkt, so charakterisiert sich doch seine Tätigkeit bei Ausführung des Geschäfts durch Selbsteintritt als ein Geschäftsabschluß mit sich selbst. Dadurch, daß diese Form des Geschäftsabschlusses gesetzlich sanktioniert ist, ist der Tätigkeit des Kommissionärs, wie weiter unten ausführlicher dargestellt werden wird, freier Spielraum gewährt worden, mehr in seinem als im Interesse seines Kommittenten zu handeln, und es hat die Gesetzgebung schon seit lange ihre Aufmerksamkeit der Regelung dieses Geschäftszweiges gewidmet.

So hatte schon das alte Handelsgesetzbuch im Artikel 376 beschränkende Bestimmungen über das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, jedoch nicht so ausführlich, daß die Kommittenten genügend gegen Ausbeutung durch nichtvertrauenswürdige Kommissionäre geschützt gewesen wären. Die Schäden, welche auch noch durch die damalige Börsenorganisation begünstigt wurden, werden in eingehender Weise von A. Eschenbach in seiner Studie „Das Kommissionsgeschäft mit Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs“ im 41. Bande der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht beleuchtet. Seine Hauptangriffe richten sich gegen den sogenannten guten „Rat“, welchen der Bankier seinen Klienten, vulgo „Kunden“, und demnächstigen Kommittenten bei der Fassung von Entschließungen behufs Einkaufs oder Verkaufs von Papieren erteilt, und gegen den „Börsenpreis“ oder „Börsenkurs“, welchen der überwiegend juristisch ge-

bildete Beurteiler geneigt ist, als ein offizielles und daher auf durchaus lauterer Basis beruhendes Resultat zu betrachten, während es in Wirklichkeit durchaus nicht als etwas subjektiven Einflüssen Entzogenes ist. Wenn nun Bankiers Geschäfte in den von ihnen poussierten Papieren vermitteln, so führen sie diese Geschäfte so aus, daß sie zunächst an der Börse durch geeignete unreelle Manipulationen nach Gutdünken einen offiziellen Kurs herstellen, zu diesem die allernotwendigsten Geschäfte unter Benutzung des vereideten Maklers und eventuell von Strohmännern abschließen, um dann alle übrigen Aufträge ihrer Kommittenten auf Grundlage des betreffenden, so festgestellten Preises als Selbstkontrahenten auszuführen. Als weiteren Schaden führt Eschenbach das unter dem Namen „Schnitt" übliche Börsengeschäft des Kommissionärs an, welches er ebenfalls unter dem Schutze seines Selbstkontrahierungsrechtes zum Nachteile des Kommittenten verwertet. Es besteht dies darin, daß der Kommissionär mit einem Dritten nicht gerade den höchsten oder niedrigsten, oder zu einem etwa limitierten, sondern zu einem zwischen diesen äußersten Grenzen liegenden Kurse handelte, sodann aber seinen Kommittenten einen Preis in Ansatz bringt, der bei Käufern an das höchste, und bei Verkäufern an das tiefste ihm nach den betreffenden Kursschwankungen oder gegebenen Limit zur Verfügung stehenden Kursniveau grenzt. Die Berechtigung des Kommissionärs zu einem derartigen Vorgehen ergibt sich daraus, daß er damals, als er jene Geschäfte zum mittleren oder das Limit nicht erschöpfenden Kurs abschloß, Geschäfte für eigne Rechnung besorgte, wozu er berechtigt ist; als er dann aber jene für fremde Rechnung, nämlich diejenigen seines Auftraggebers, zu höherem Einkaufs- oder niedrigerem Verkaufspreis einging, schloß er diese mit sich selbst ab. Die fernere Möglichkeit des Selbsteintritts, beleuchtet Eschenbach, welche darin besteht, daß der Kommissionär überhaupt nicht von Dritten kauft oder an dieselben verkauft, sondern daß er in Wirklichkeit selbst nur einzig und allein mit

sich kontrahiert und zwar unter Zugrundelegung des bezw. der an dem betreffenden Tage notierten Terminpreise. Selbstverständlich wird der Kommissionär von dieser Art der Kommissionsausführung nur dann Gebrauch machen, wenn er selbst bereits früher billiger eingekauft hat oder bestimmt glaubt, billiger einkaufen zu können, sobald es an die Realisierung des Geschäftes geht. Umgekehrt wird er bei der Verkaufskommission selbst nur kaufen, wenn er entweder bereits teurer verkauft hat, also einem Dritten liefern muß, oder wenn er hofft, wieder teurer verkaufen zu können. Für alle diese Fälle steht ihm frei, sich den Augenblick in der Börsenzeit und Kursentwickelung herauszugreifen, der ihm für seine eignen mit der Ausführung der Kommission zusammenhängenden Pläne, seine Spekulation, der geeignetste erscheint. Naturgemäß muß aber diese Prozedur für den Kommittenten das direkte Gegenteil hervorbringen; denn der Kommittent will entweder möglichst billig kaufen oder möglichst teuer verkaufen, der Kommissionär aber, wenn er selbst als Partner eintritt, muß genau den entgegengesetzten Wunsch haben. Der Kommissionär betrachtet seine Kommission in dem Augenblicke als ausgeführt, in welchem der Kurs seinen Intentionen entspricht.

Die hier erörterten Schäden sind nun wesentlich eingeschränkt worden durch entsprechende Bestimmungen, welche im Börsengesetz vom 22. VI. 1896 und im Depotgesetz vom 5. VII. 1895 enthalten sind. In ersterem Gesetz trifft Teil II Bestimmungen über Feststellung des Börsenpreises, um im Verein mit den in §§ 75 und 79 desselben Gesetzes enthaltenen Strafbestimmungen unreelle Kurstreibereien zu verhüten und sodann wendet sich Teil V mit den §§ 70 bis 74 noch ausdrücklich der weiteren Regelung des Kommissionsgeschäftes zu. Noch weiter ergänzt und verschärft werden diese Bestimmungen durch die §§ 3, 4, 5 und 7 des Depotgesetzes. Die §§ 70 bis 74 des Börsengesetzes sind allerdings durch a 14 des Einführungsgesetzes zum neuen H.G.B. aufgehoben, jedoch materiell durch die

in letzteren befindlichen §§ 400 bis 403 und 405 wieder ersetzt. Dieselben enthalten Vorschriften, wodurch das Recht des Kommissionärs auf Selbsteintritt gewahrt bleibt, jedoch ist auch der Kommittent in weiterem Umfange gegen Schädigung durch Manipulationen des Kommissionärs in der Art, wie sie vorher erwähnt worden, geschützt worden. So sieht Staub in seinen Erläuterungen „Anm. 18 zu § 383" seines Kommentars zum H.G.B. einen wesentlichen Schutz des Kommittenten darin, daß er sich in Anlehnung an die in der Denkschrift für Abfassung eines neuen H.G.B. enthaltenen Erklärung im Verein mit Planck (siehe Vorbem. zu § 611 VIII, 3), und Gareis (siehe Vorbem. zu § 383) für Annahme eines Dienstvertrages entscheidet, welcher für den Kommissionär durch die Geschäftsübernahme begründet wird und dessen Inhalt, da es sich nur um Geschäftsbesorgung handelt, durch die Grundsätze vom Auftrag (§ 662 und ff. B.G.B.) zu ergänzen seien. Er begründet seine Ansicht damit, daß der § 384 H.G.B. seinen Ton nicht darauf legt, daß der Kommissionär sich verpflichtet, das Geschäft auszuführen, sondern darauf, daß er die Tätigkeit, zu welcher er verpflichtet ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes und unter Wahrung der Interessen des Kommittenten auszuüben hat. Es wird dieser Schutz des Kommittenten vielfach einen Ausgleich bieten gegenüber dem Rechte des Kommissionärs, auf Grund seines gesetzlichen Selbsteintrittsrechtes nicht dem § 8 des Depotgesetzes unterworfen zu sein, welcher die Verpflichtung auferlegt, daß ein Kaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere einem Dritten zum Zwecke der Aufbewahrung, des Umtausches oder des Bezuges von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilen ausantwortet, diesem Dritten mitzuteilen hat, daß die Papiere fremde seien. Denn bei der Verkaufskommission wird er durch den Selbsteintritt Eigentümer der ihm zum kommissionsweisen Verkauf übersendeten Papiere, sie sind dann nicht mehr fremde; bei der Einkaufskommission ist der Kommissionsauftrag, den er dem Dritten gibt, ein Geschäft, das

er für sich und eigne Rechnung macht. Von einem Weitergeben des Auftrags ist im Falle des Selbsteintritts keine Rede. Sowohl bei der Einkaufs- wie bei der Verkaufskommission besteht die Mitteilungspflicht nur, wenn der Kommissionär seinerseits einen Kommissionsauftrag erteilt, nicht wenn er das ihm aufgetragene Verkaufs- oder Einkaufsgeschäft mit dem Dritten schließt. Dagegen unterscheiden sich die beiden Fälle der Verkaufs- und Einkaufskommission in folgenden Punkten: Bei der Einkaufskommission hört im Falle des Selbsteintritts die Mitteilungspflicht schon von dem Augenblicke auf, in dem der Kommissionär sich entschließt, die Kommission durch Selbsteintritt auszuführen; denn schon von diesem Augenblicke an handelt er für eigne Rechnung, so daß von dem Augenblicke an nicht mehr von einem Weitergeben des Auftrages gesprochen werden kann. Dagegen bei der Verkaufskommission besteht die Mitteilungspflicht nicht nur im Falle des Weitergebens des Auftrags, sondern in allen Fällen, in denen fremde Wertpapiere zum Zwecke der Veräußerung an einen Dritten übergeben werden. Denn fremde bleiben sie auch dann, wenn der Verkaufskommissionär sich entschlossen hat, durch Selbsteintritt auszuführen; erst durch den Selbsteintritt wird er Eigentümer, hören die Papiere auf, fremde zu sein und fällt die Mitteilungspflicht weg.

Das Recht der Kommissionäre, Aufträge, welche ihnen zur Ausführung eines Geschäfts von einer anderen Seite gegeben wurden, durch Selbsteintritt zu erledigen, d. h. bei Kaufaufträgen selbst als Verkäufer, bei Verkaufsaufträgen selbst als Käufer aufzutreten, ist eine schon von alters her überkommene kaufmännische Sitte, die jedoch auch fast ebenso lange schon den Gegenstand lebhaftester Meinungsverschiedenheiten gebildet hat.[1]) Daher ist auch die Regelung, welche diese Frage in den verschiedenen Ländern gefunden hat, theoretisch eine durchaus geteilte und in gewissem Sinne vielseitige, während allerdings die

[1]) Vgl. Grünhut, Recht des Kommissionshandels. S. 455 Anm.

kaufmännische Praxis, soweit sich dieselbe international übersehen lässt, im großen Ganzen eine ziemlich einheitliche zu sein scheint. Denn während große und höchst bedeutende Gesetzgebungen bezw. bestehende Rechtssysteme den Selbsteintritt verbieten, gestatten ihn andere ebenso unbedingt. Beispielsweise sei erwähnt, daß der code de commerce und das niederländische H.G.B. keine Bestimmung über die Selbstkontrahierung enthalten, wohl aber verbietet der code civil Art. 1596 den Eintritt als Selbstkäufer. Demnach ist auch die französische Doktrin geteilt, so daß u. A. Persil et Croissant p. 39, Vincens II p. 135, 137 die Selbstkontrahierung für zulässig, dagegen Pardessus II N 570, Delamare et Lepoitoin II N 249 sie für unzulässig erklären, außer wenn der Kommittent zustimmt oder im Falle besonderer Dringlichkeit, wenn vorherige Mitteilung an den Kommittenten untunlich ist. Nach englischem und amerikanischem Rechte ist der Selbsteintritt des Kommissionärs nur im Falle besonders erteilter Ermächtigung des Kommittenten gestattet. Hierüber[1]) Smith p. 109, 110; Kent p. 618; Parsons p. 157; Levi I p. 153, 171. Das spanische H.G.B. erkennt die Selbstkontrahierung nur dann als berechtigt an, wenn der Kommittent auf die erhaltene Anzeige ausdrücklich einwilligt. Art. 161. Das badische H.G.B. gestattet den Selbsteintritt ausdrücklich Art. 92aa; ähnlich das schweizerische Recht, Art. 280, 281.[2])[3]) Das italienische[4]) Recht, Art. 386 H.G.B., gestattet den Selbsteintritt übereinstimmend mit dem deutschen Recht.

Wie schon gesagt, ist bei uns in Deutschland der Selbsteintritt des Kommissionärs eine überkommene kaufmännische Sitte und es hat sich daher auch bei der Entwickelung unseres Bankiergeschäftes der Propre- und Kommissionshandel nicht als getrennte Erwerbs- und Berufszweige ent-

[1]) Vgl. hierzu Grünhut, Recht des Kommissionshandels S. 456.
[2]) Grünhut S. 457.
[3]) Grünhut S. 457.
[4]) Handelsgesetze des Erdballs, herausg. v. Borchardt, Nachtrag 1–4, S. 83.

wickelt, sondern als solche, die zusammen betrieben werden. Dies ist mit ein Hauptgrund, daß die Gesetzgebung bei uns sich nicht dazu entschlossen hat, den Selbsteintritt zu verbieten, sondern nur durch gesetzgeberische Kautelen den Kommittenten vor Nachteil zu schützen. Ein Verbot würde nach keiner Richtung etwas genützt haben, denn die Bankwelt würde vielfach einen Ausweg gefunden haben, um ein solches illusorisch zu machen. So z. B. die Maßnahme, daß jeder Kommissionär seinem Kommittenten von vornherein mitteilt, daß er kein Kommissionsgeschäft abschließe, sondern einzig und allein nur Kauf- und Verkaufsgeschäfte eingehe und demgemäß auch nur unter diesem Gesichtspunkt sich selbst und seine Handlungsweise betrachtet wissen wolle; mit anderen Worten, der Kommissionär kann den Kommittenten die Mitteilung machen, daß er einzig und allein Proprehändler sei. Oder aber die Bankwelt wird den anderen naheliegenden Ausweg wählen, zwar offiziell als reine Kommissionäre, ohne Selbsteintritt sich zu gerieren, in Wirklichkeit aber in fast allen Fällen, wo ihnen die Selbstausführung sonst vorteilhaft und wünschenswert erscheinen sollte, doch genau zu demselben kaufmännisch-wirtschaftlichen Resultate zu gelangen, und zwar dadurch, daß man sich zu der betreffenden Manipulation eines Strohmannes oder einer Strohfirma bedienen würde. Auch wäre es nicht schwer, um der Prozedur ein legaleres Aussehen zu geben, sich mit einer anderen, sei es schon vorhandenen oder erst zu schaffenden Firma in die entsprechende Geschäftsverbindung zu setzen.

Es erscheint daher sehr richtig, daß die deutsche Gesetzgebung dem alten kaufmännischen Brauche des Selbsteintritts des Kommissionärs Rechnung getragen hat, indem sie sein Weiterbestehen sanktionierte, jedoch auch andererseits weitgehende Kautelen schuf, um den Kommittenten vor Nachteil zu bewahren. Natürlich ist es hierzu aber vor allem nötig, daß derjenige, welcher sich diesem geschäftlichen Gebiete zuwendet, zunächst die für dasselbe geschaffenen gesetzlichen Unterlagen, nämlich vor allem

das neue H.G.B. in seinem III. Abschnitt über das Kommissionsgeschäft, sowie das Börsengesetz vom 22. VI. 1896 und das Depotgesetz vom 5. VII. 1896 studiert und richtig zu interpretieren lernt, da sehr viele Schädigungen von Kommittenten ihren Grund in Lässigkeit und Gesetzesunkenntnis haben werden. Denn nur derjenige hat einen Vorteil von einer Waffe, der sie auch zu führen versteht.

C. Das Seerecht.

Gleichfalls aus praktischen Rücksichten ist man im Seerecht in einem vereinzelten Falle ausnahmsweise zur gesetzlichen Sanktionierung eines Selbstkontrahierens gelangt und zwar ist dasselbe dem Schiffer dann zugebilligt, wenn er über Mittel des Ladungsinteressenten im Interesse des Reeders unter bestimmten Voraussetzungen verfügt. Regelmäßig ist der Schiffer zu einer Verfügung über die Ladung durch Verbodmung, Verkauf oder Verwendung befugt, wenn das Interesse des Ladungsbeteiligten dies verlangt gemäß §§ 535 und 632 des Seerechtes, oder wenn der Fall einer großen Havarie vorliegt gemäß § 539 des Seerechtes. Ausnahmsweise ist er jedoch dazu im Interesse des Reeders dazu befugt, wenn er dem Bedürfnis nicht anders abhelfen kann oder wenn die Wahl eines anderen Mittels einen unverhältnismäßigen Schaden für den Reeder zur Folge haben würde. (Siehe hierzu die §§ 540 und 541 des Seerechts.) Macht der Schiffer von dieser Befugnis Gebrauch, so ist die Verbodmung der Ladung oder die Verfügung über Ladungsteile durch Verkauf oder Verwendung gemäß §§ 540 und 541 in Verbindung mit § 528 Abs. 2 des Seerechts als ein für Rechnung des Reeders geschlossenes Kreditgeschäft anzusehen. Das Forderungsrecht des geschädigten Ladungsinteressenten ist hierbei weder von der wirklichen Verwendung noch von der Zweckmäßigkeit usw. abhängig. Der Ladungsinteressent, dessen Gut durch den Schiffer für Zwecke des Reeders aufgeopfert worden ist, steht dem Reeder ganz wie ein Dritter gegenüber, mit dem der Schiffer als gesetzlicher Vertreter des Reeders

ein Kreditgeschäft abschließt. Die Handlung des Schiffers hat kraft positiver Bestimmung Vertragswirkungen, und zwar entstehen, im Unterschied zu dem Selbsteintritt des Kommissionärs, Vertragswirkungen nicht zwischen dem Vertreter und einem von ihm Vertretenen, sondern zwischen zwei durch dieselbe Person Vertretenen. Die Wirkungen des Kreditgeschäftes treten in Kraft, wenn die Verfügungen in dem Abschluß eines Vertrages mit einem Dritten besteht, bereits mit dem Abschluß des Vertrages; wenn die Verfügung in einer bloßen Verwendung von Ladungsteilen besteht, mit deren Zeitpunkt. Verfügt der Schiffer, ohne daß die Voraussetzungen für seine Handlungsweise begründet sind, im Interesse des Reeders über die Ladung, so begeht er eine Pflichtverletzung, aus der er selbst unbeschränkt, der Reeder aber nur mit Schiff und Fracht haftet. (Siehe § 511 und 486 Abs. 1 No. 3 des Seerechts.)

D. Das Wechselrecht.

Während auch für das Wechselrecht die Rechtsverhältnisse zwischen Vertreter und Vertretenen nach dem allgemeinen Grundsatze der Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens beurteilt werden müssen, können bei der Prüfung einer Wechselverbindlichkeit des Vertretenen gegen dritte Personen verschiedene Anschauungen Platz greifen, und zwar kann man hier, je nachdem man die Vertrags- oder Kreationstheorie zu Grunde legt, zu verschiedenen Resultaten gelangen. Nach der ersteren entsteht das Wechselgläubigerrecht und also auch die Wechselschuld nicht bereits mit der Abgabe der Wechselerklärung durch den Schuldner, sondern erst mit dem Erwerbe des Wechseleigentums durch den Gläubiger; im zweiten Falle geschieht die Begründung der Wechselschuld bereits mit der Abgabe der Wechselerklärung, d. h. mit ihrer unterschriftlichen Vollziehung durch den Schuldner; daß der Schuldner den mit seiner Erklärung versehenen Wechsel dem Gläubiger zurückgibt, oder daß der Gläubiger auch nur Kenntnis von der Erklärung erhält, ist nicht nötig. In ersterem Falle

bietet der Schuldner durch die Abgabe der Wechselerklärung dem Gläubiger den Vertragsschluß an und dadurch, daß der Gläubiger durch den Erwerb des Wechsels auf das Angebot eingeht, ist die Wechselschuld als Vertragsschuld entstanden; während für die Kreationstheorie auf Seiten des Schuldners nichts weiter gefordert wird, als daß er den Grundwechsel, das Indossament oder Akzept „kreiert". Beide Theorien haben in der Literatur ihre Vertreter; so ist die Kreationstheorie zuerst von Kuntze in verschiedenen Schriften[1])[2]) aufgestellt, und dann namentlich von Dernburg (Preuß. Privatrecht Bd. 2, § 257 No. 2) vertreten, ebenso auch von Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873) S. 108, auch für das Akzept vom R.G. Bd. 24 S. 90, auch Bd. 7, S. 119 angenommen; während die Hauptvertreter der Vertragstheorie sind: Liebe, „Die Stipulation und das einfache Versprechen", § 1 und § 6—8[3]); Thöl, Handelsrecht, Bd. 2, S. 176, 177, 188; ferner: Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts[4]) und Brunner im Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausgegeben von Endemann[5]), sowie Gierke.

Auf Grund dieser verschiedenen Theorien sind Kammergericht und Reichsgericht in der im Bd. 24, S. 88 ff. besprochenen Kammergerichtsentscheidung zu verschiedenen Urteilen in der Frage gelangt, ob in dem Falle, wenn der Vertreter namens des Vertretenen einen Wechsel akzeptiert, den er selbst als Aussteller oder Remittent oder Indossatar präsentiert, eine Wechselverbindlichkeit des Vertretenen gegen dritte Personen entsteht. Während das Kammergericht unter Berufung auf die Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens und auf die notwendige somit jedermann

[1]) Definition des heutigen Wechselrechts im Archiv für d. W. Bd. XIV, No. 9, dargestellt im Bd. XII der Zeitschrift des Handelsrechts im Aufsatz von Hoffmann.

[2]) Die Lehre von den Inhaber-Papieren, Leipzig 1857, S. 278, 362.

[3]) Wiedergegeben in Bd. XII der Zeitschr. f. H., S. 440 ff.

[4]) Bd. I, 3. und 4. Aufl. 1898. § 74, I und Anm. 1 dazu.

[5]) Wiedergegeben in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. XXIX, S. 257 ff., ebendaselbst Gierke.

erkennbare Interessenkollision die Frage schlechthin verneint, bejaht sie das Reichsgericht für den Fall, daß der Dritte beim Erwerb des Wechsels von einer Interessenkollision keine Kenntnis gehabt habe; für den Fall der Kenntnis verneint es die Frage (vgl. R.G.E. Bd. 24, S. 88 f.). Es geht von dem Satze aus, daß die Rechtswirkung des Akzepts dem dritten Wechselinhaber gegenüber nicht auf einem Vertrage zwischen Aussteller und Bezogenen beruhe, demnach die Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens hier keine Anwendung finden könne. Nur die Kenntnis des Dritten von einer Verletzung der Interessen des Vertretenen würde eine exceptio doli begründen. Nach der Vertragstheorie hingegen schließt der Bezogene durch Erteilung des Akzepts, indem er eine Offerte des präsentierenden Wechselinhabers annimmt, mit demselben einen Vertrag, so daß nunmehr auch auf das Akzept die Sätze über die Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens zur Anwendung gebracht werden müssen.

Es entsteht daher aus einem Akzept, welches der Vertreter namens des Bezogenen sich selbst gegenüber erteilt, weder dem Vertreter noch einem dritten Wechselnehmer gegenüber, mag derselbe in Kenntnis oder Unkenntnis von dem Selbstkontrahieren erworben haben, eine Verpflichtung des Vertretenen. Das gleiche wie beim Akzept gilt in denjenigen Fällen, in welchen zur Begründung einer Verpflichtung ein Begebungsvertrag erforderlich ist: Ausstellung und Indossament. Mit Recht sagt Salman in seiner Abhandlung in Bd. 41 der Zeitschrift für Handelsrecht, S. 394, daß die Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens auch Dritten gegenüber aufrecht erhalten werden müsse, trotz des Gegenargumentes, daß ja in dem Akzept, wie in der Ausstellung und dem Indossamente ein abstraktes, prinzipales und direktes Zahlungsversprechen an jeden dritten Nehmer liege. Denn ein solches Zahlungsversprechen könne doch nur einen Anspruch für einen Dritten, auch Gutgläubigen begründen, wenn der betreffende Akt an sich den Vertretenen zu verpflichten vermöge.

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Jakobi[1]) ein, indem er sagt, daß die Wechselschuld wie jede andere Schuld aus einem schriftmäßigen Wertpapiere regelmäßig durch Vertrag entsteht, aber dann hinzufügt, daß die Ausstellungshandlung allein, unabhängig von der Wirksamkeit der Willenserklärung, die Kraft haben muß, nicht nur eine Pflicht zum Schadensersatze, sondern gegenüber gutgläubigen Dritterwerbern auch eine Schuld nach Maßgabe der Schrift hervorzurufen.

Der Verkehrssicherheit wird jedenfalls durch die Vertragstheorie am besten gedient, aus welcher sich auch ergibt, daß für das Wechselrecht an dem Grundsatze der Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens festzuhalten ist, und daß dieser überall da Platz greift, wo der Vertragsschluß ein direkter Selbstvertrag ist oder wo der Vertragsschluß mit dem dritten Wechselinhaber, wie beim Akzept auf Präsentation eines Dritten, zugleich einen Vertragsschluß zwischen Vertreter und Vertretenem in sich schließt.

Eine Sanktionierung des Selbstkontrahierens im Wechselrecht ist durch Artikel 6 der Wechselordnung für den einzelnen Fall des trassiert-eignen Distancewechsels erfolgt, wonach hier das Kontrahieren einer Person mit sich selbst in der doppelten Eigenschaft als Aussteller und Trassat gestattet wird unter der Voraussetzung, daß Ausstellungsort und Zahlungsort verschieden sind.

III. Allgemeine Wirkung des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

A. Wer hat als „Vertreter“ im Sinne des § 181 zu gelten?

Damit ein in Vertretung vorgenommenes Rechtsgeschäft für und gegen den Vertretenen wirke, ist zunächst erforderlich, daß der Stellvertreter eine Vertretungsmacht hatte,

[1]) Siehe Jahrb. des deutschen Rechts, Bd. VI, S. 129.

für den Vertretenen zu handeln. Die Vertretungsmacht kann eine gesetzliche oder gewillkürte sein und beruhen auf einer Rechtsregel oder einer öffentlichen Anordnung, auf der Verfassung einer juristischen Person oder auf einem Rechtsgeschäft, d. h. einer Vollmacht.[1]) Beruht die Vertretungsmacht auf einer Rechtsregel schlechthin, wie z. B. die Vertretungsmacht des Vaters bezüglich der in der Gewalt stehenden Kinder oder auf öffentlicher Anordnung, wie die Vertretungsmacht des Vormundes, so spricht das B.G.B. von gesetzlicher Vertretung. Besonders hervorzuheben sind die gesetzlichen Vertreter der Geschäftsunfähigen und der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen, nämlich:

1. Der Vater und eventl. die Mutter für die in elterlicher Gewalt stehenden Kinder.
2. Der Vormund für Minderjährige und Entmündigte, einschließlich des Falles der vorläufigen Vormundschaft.
3. Der Pfleger in den verschiedenen Fällen der Pflegschaft, §§ 1909—14 B.G.B.
4. Der Beistand (der der Mutter auf Anordnung des Vaters, ihren Antrag oder aus besonderen Gründen beigeordnet ist), wenn und soweit ihm die Vermögensverwaltung übertragen ist, § 1693 B.G.B.

Dernburg nennt nun diese Vertreter die eigentlichen gesetzlichen Vertreter[2]), d. h. gewissermaßen nur ein alter ego des Vertretenen bezüglich des Abschlusses von Rechtsgeschäften für denselben, der Entgegennahme von Erklärungen an denselben, der Ausübung seiner Rechte, der Führung von Rechtsstreitigkeiten. Soweit Willensmängel, Kenntnis, Kennenmüssen Einfluß haben, kommt hier nur die Person des gesetzlichen Vertreters in Betracht, § 166 Abs. 1. Ferner verleiht das Gesetz eine Vertretungsmacht,

[1]) Eneccerus-Lehmann, Bürgerl. Recht, Bd. I, § 85 ff.; ebenso Leonhard, R., Der allgemeine Teil des B.G.B. usw., S. 311.

[2]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. I, § 162 ff.

freilich in sehr verschiedenen Grenzen, dem Ehemann bezüglich des eingebrachten Gutes § 1374 ff., 1525, 1550, und bezüglich des Gesamtgutes §§ 1443, 1487, 1519, 1549; der Ehefrau innerhalb der Grenzen der Schlüsselgewalt § 1357; dem Nachlaßverwalter § 1981 f.; dem Testamentsvollstrecker § 2205 ff.; dem Konkursverwalter, K.O. § 6; dem Gerichtsvollzieher, welcher bei Vornahme der Zwangsvollstreckung zu der Empfangnahme einer Zahlung des Schuldners durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung des verurteilenden Erkenntnisses kraft Gesetzes ermächtigt ist (siehe Z.P.O. §§ 754 und 755) und dem Schiffer unter bestimmten Umständen für den Reeder und Ladungsinteressenten.

Dernburg unterscheidet zwischen der ersten und zweiten Kategorie insofern, als bei der ersten der Schuldner für Verschulden seines gesetzlichen Vertreters in gleichem Umfange wie für eignes Verschulden haftet, während für die zweite Kategorie die Verantwortlichkeit des Vertretenen nicht so weit geht. Auf der Verfassung einer juristischen Person beruht die Macht des Vereins- oder Stiftungsvorstandes, als Willensorgan der juristischen Person für diese zu handeln. Der Vorstand hat hier die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, seine Vertretungsmacht kann indes durch die Satzung beschränkt werden.

Der letzte Grund, auf dem die Vertretungsmacht beruhen kann, ist die durch Rechtsgeschäft seitens des zu Vertretenden gewährte Bevollmächtigung. (Gewillkürter Vertreter.) Nicht zu verwechseln ist hierbei mit der Vollmacht der Auftrag, welcher, wie Enecceru[1]) sagt, der Bevollmächtigung in der Regel zugrunde liegt, jedoch als anderes Rechtsverhältnis zu betrachten ist, so daß das B.G.B. die einseitige Vollmachtserteilung streng von dem zugrunde liegenden Auftragsverhältnis scheidet.

Nach dem B.G.B. ist die Gültigkeit der Vollmachtserteilung von der Gültigkeit des unterliegenden Rechts-

[1]) Enecceru-Lehmann, Bürgerl. Recht, Bd. I, 2. Aufl., § 85.

geschäfts nicht abhängig. Leonhard[1]) will demnach die Vollmacht, wenn auch nicht in ihrer Gültigkeit des Vertrages zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten, so doch in ihrem Inhalte, d. h. Umfange, von diesem Vertrage abhängig betrachten, und empfiehlt daher, sich stets die Vollmachtsurkunde vorlegen zu lassen, um sich vor Nachteil zu schützen. Nach § 167 erfolgt die Erteilung der Vollmacht „durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll".

Jede Erklärung des Inhaltes, daß man den A zum Abschluß gewisser Geschäfte bevollmächtigte, ist also eine Vollmacht und der § 167 läßt nicht zu, für den Inhalt des Vollmachtsgeschäfts in allen oder auch nur in gewissen Fällen noch das weitere Erfordernis aufzustellen, daß die Vollmachtserteilung auch das unterliegende Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten mit enthalten müsse. Das B.G.B. hat auch nichts Besonderes darüber bestimmt, ob Spezialvollmacht für einzelne bestimmte Geschäfte oder für eine bestimmte Kategorie von Geschäften und Generalvollmacht bezüglich des Gesamtvermögens des Vollmachtgebers oder eines Sondervermögens desselben zu trennen seien. Nach preußischem Rechte reichte für zahlreiche Geschäfte eine Generalvollmacht nicht aus, sondern die Vertretung für diese erforderte vielmehr eine Spezialvollmacht, A.L.R. I, 13 §§ 99—109.

Trotzdem kann nach Dernburg[2]) eine Generalvollmacht, wenn sie sich nur auf die laufende Verwaltung beschränkt, nur zu Maßregeln ermächtigen, welche die Erhaltung und verkehrsübliche Nutzung und Besserung des Vermögens bezwecken, so daß auch umfassende Generalvollmachten nicht zu Geschäften berechtigen würden, die ersichtlich keine wirtschaftliche Natur haben, z. B. nicht zu Schenkungen, die nicht durch die Vermögensverwaltung bedingt oder durch

[1]) Leonhard, R, Der allgemeine Teil des B.G.B. in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft, S. 318, 319.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. I, 1. u. 2. Aufl., § 164 S. 477.

soziale Rücksichten für die Verwaltung geboten sind. Andererseits kann aber in der Generalvollmacht auch die Befugnis zur Veräußerung der Substanz des Vermögens, selbst zur Veräußerung von Grundstücken inbegriffen sein.

Erwähnt mag noch zum Schluß werden, daß die Erteilung der Vollmacht auch durch konkludente Handlungen oder sogar stillschweigend erfolgen kann, denn da die Vollmachtserteilung eine Willenserklärung darstellt, gelten für die ersteren auch die allgemeinen Grundsätze der letzteren.

Nach dem B.G.B. ergibt sich für die Bedeutung des Ausdrucks „Willenserklärung", daß nicht nur die ausdrückliche, sondern auch die stillschweigende Willenserklärung die rechtliche Wirkung einer Willenserklärung hat. Leonhard[1]) unterscheidet im Sinne des B.G.B. nach der Verständlichkeit des gewählten Ausdrucks „ausdrückliche" und „nicht ausdrückliche" Erklärungen und bezeichnet als ausdrückliche Erklärung eines Gedankens jede, die aus dem Erklärungsakte selbst ersichtlich ist, als nicht ausdrücklich dagegen jede andere. Zu den letzteren zählt er auch die „stillschweigenden Erklärungen", deren Begriff er als durch einen dunklen Sprachgebrauch in seinem Umfange als verwirrt bezeichnet und es für wünschenswert erklärt, daß durch das Gesetzbuch der Sprachgebrauch nunmehr letztere auf alle nur aus den Nebenumständen verständlichen Erklärungen festlegen möge. Planck[2]) definiert allgemein den Begriff, welchen das B.G.B. mit dem Ausdrucke „Willenserklärung" verbindet, dahin, daß sie das Verhalten einer Person sei, welches nach der Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände regelmäßig den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen muß hinzukommen, daß das Verhalten gegenüber demjenigen erfolgt, gegenüber welchem die Willenserklärung abzugeben ist, oder daß es

[1]) Leonhard, R., Der allgemeine Teil des B.G.B in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft. S. 277—279.

[2]) Planck, Bürgerl. Recht, 2. Aufl., Bd. I, S. 162, 163.

doch den Zweck hat, den fraglichen Willen dem anderen zu erklären. Ob eine Bevollmächtigung als stillschweigend erteilt anzusehen ist, läßt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles bestimmen. Der Inhalt eines erteilten Auftrags oder eines zwischen zwei Personen bestehenden Dienstverhältnisses kann von solcher Art sein, daß aus den hiernach dem einen Teile obliegenden Geschäften geschlossen werden muß, daß er auch Vollmacht zur Vornahme derselben im Namen des anderen Teiles haben solle. Die stillschweigende Erteilung ist natürlich ausgeschlossen, wo eine besondere Form für die Vollmacht vorgeschrieben ist, so z. B. im § 1945 Abs. 2 bei Erklärung der Ausschlagung einer Erbschaft durch einen Bevollmächtigten. Beide Rechtsanschauungen finden auch in einem Urteile des Reichsgerichts vom 5. VII. 1900, Bd. 48, S. 57, Anerkennung, wo erklärt wird, daß eine Bevollmächtigung eines Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften aus fortgesetzter Duldung der Geschäftsführung desselben geschlossen werden könne.

B. Ist eine Untervertretung zulässig und welche Bedeutung hat dieselbe für das Selbstkontrahieren?

Von großer Bedeutung für die Wirkung des § 181 des B.G.B. ist die Frage, ob und inwieweit ein Vertreter zur Substitution eines anderen befugt ist, der an seiner Stelle das Geschäft ausführt. Das B.G.B. kennt eine allgemeine Vorschrift hierüber nicht. Doch ist nach § 664 im Zweifel die Ausführung eines unentgeltlichen Auftrages auf einen anderen nicht übertragbar; es findet dies nach §§ 27, 86, 713, 2218 auf den Vorstand von Vereinen, Stiftungen, auf geschäftsführende Gesellschaften und Testamentsvollstrecker Anwendung; folgerecht ist auch die willkürliche Übertragung der Vollmacht in diesen Fällen ausgeschlossen.

Für das preußische Recht[1]) hat sich auch noch die Bestimmung des Allgemeinen Landrechts I, 13 § 41 ff auf

[1]) Dernburg, Bd. I, 1. und 2. Aufl., S. 480, Anm. 12.

vielen Gebieten als Vorschrift des öffentlichen Rechts erhalten, wonach Geschäfte eines öffentlichen Amtes niemand eigenmächtig an seiner Stelle auftragen soll, widrigenfalls die Handlungen des Substituten nichtig sind.

So ist z. B. der Prozeßbevollmächtigte zur Bestellung eines Vertreters für einzelne Prozeßhandlungen, nicht zur Übertragung der ganzen Prozeßvollmacht ermächtigt (vgl. R.G.E. Bd. 11, S. 368 in Auslegung des § 81 Z.P.O.).

Das Handelsgesetzbuch verlangt in § 52 Abs. 2 für die Übertragung der Prokura und im § 58 für die Handlungsvollmacht Zustimmung des Inhabers des Handelsgeschäfts. Im allgemeinen wird weiterhin die gesamte Sachlage entscheiden.

Sehr häufig erwählt man den Bevollmächtigten im Vertrauen auf dessen Individualität, insbesondere dessen Rechtschaffenheit, Erfahrung, besondere Kenntnisse, so daß die Übertragbarkeit auf einen Substituten hier meist zu verneinen sein wird. Immerhin, meint Dernburg,[1]) kann aber die Vollmacht nicht bloß ausdrücklich Substitution freistellen, sondern es kann auch sonst aus ihrem Inhalte, namentlich aus der Natur des beauftragten Geschäftes sich ergeben, daß die Individualität des Bevollmächtigten nicht in Betracht kommt und Übertragung der Vollmacht zulässig sein soll. Demgegenüber erklärt Planck I, S. 296, daß der Bevollmächtigte nur befugt ist zur Substitution eines anderen, wenn ihm dies durch die Vollmacht gestattet ist. Die Gestattung kann indessen auch stillschweigend erteilt werden. Dabei wird insbesondere das der Vollmacht zugrunde liegende materielle Verhältnis zu berücksichtigen sein, d. h. der Bevollmächtigte wird in bezug auf die Geschäfte, welche er auf Grund jenes Verhältnisses, also z. B. eines Auftrags, eines Dienstverhältnisses usw. für den Geschäftsherrn zu besorgen hat, und wie wir schon vorher gesehen haben, einem anderen nicht übertragen darf, auch nicht berechtigt sein, die ihm zum Zwecke der Ausführung dieser Geschäfte

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. I, 1. und 2. Aufl., § 164, S. 480.

erteilte Vollmacht auf einen anderen zu übertragen. Soweit er aber diese Geschäfte einem anderen übertragen darf, wird er regelmäßig auch in betreff der Vollmacht als zur Substitution befugt anzusehen sein. Hat er diese Befugnis und bestellt er kraft derselben im Namen des Vollmachtgebers einen anderen zum Bevollmächtigten, so ist dieser zufolge des Grundsatzes, daß die rechtliche Wirkung des von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfts in der Person des Vertretenen eintritt, unmittelbarer Vertreter des Vollmachtgebers. Hupka[1]) will noch unterscheiden, ob es sich um eine gewöhnliche Substitution in betreff der dem Bevollmächtigten obliegenden Geschäfte oder um eine Ermächtigung des Vollmachtgebers zur Bestellung eines anderen Bevollmächtigten handle und nimmt in dem ersteren Falle, wenn der Bevollmächtigte von der Substitutionsbefugnis Gebrauch macht, nur ein Rechtsverhältnis zwischen dem Bevollmächtigten und dem Substituten an, dagegen erkennt er für den zweiten Fall an, der z. B. bei der von dem Prokuristen erfolgten Anstellung eines Handlungsgehilfen vorliegt[2]), daß der von dem Bevollmächtigten neue Bevollmächtigte unmittelbar in ein Rechtsverhältnis zu dem Vollmachtgeber trete. Hupka selber erkennt an, daß aber auch in dem erstgedachten Falle der Substitut befugt sei, die betreffenden Rechtsgeschäfte im Namen des Vollmachtgebers vorzunehmen und dadurch zu bewirken, daß dieser unmittelbar berechtigt und verpflichtet werde.[3]) Wichtigkeit erlangt diese theoretische Frage für vorliegendes Thema in dem Falle, daß ein Bevollmächtigter mit seinem Substituten einen Vertrag schließt oder ein sonstiges Rechtsgeschäft vornimmt. Ist er Substitutvertreter des Vollmachtgebers, nicht des Bevollmächtigten, so liegt in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts von seiten des Substituten als Vertreters des Vollmachtgebers mit der Person des Bevoll-

[1]) Hupka, Die Vollmacht, S. 356.
[2]) „ „ „ S. 357.
[3]) „ „ „ S. 360—362.

mächtigten in deren eignem Namen nicht die Vornahme eines Rechtsgeschäfts des Vertreters mit sich selbst im eignen Namen.

Das Kammergericht hat in einer Entscheidung vom 16. VI. 1905, enthalten in Bd. 30, S. 159, des Jahrbuches seiner Entscheidungen, in Anlehnung an Hupka die prinzipielle Möglichkeit anerkannt, daß ein Bevollmächtigter mangels einer entsprechenden Beschränkung in seiner Bevollmächtigung nach seinem Ermessen entscheiden kann, ob er den Unterbevollmächtigten sich selbst oder unmittelbar dem Vollmachtgeber bestellen will. Es hat für den letzteren Fall die Möglichkeit des Kontrahierens des ursprünglichen Bevollmächtigten mit seinem Vertreter anerkannt, indem es ausführte, daß der ursprünglich Bevollmächtigte als Vertreter ausgeschieden ist und dem Vollmachtgeber demnach als Dritter gegenüberstehe. Würde der andere Fall deutlich erkennbar vorgelegen haben, so würde dem Rechtsgeschäft der § 181 entgegengestanden haben, da hier dann ein Vertragsschluß mit sich selbst stattgehabt hätte.

In demselben Sinne hat das Kammergericht die Entscheidung gefällt, enthalten in Bd. 26, S. 101, daß durch Bevollmächtigung seitens des Repräsentanten einer Gewerkschaft namens derselben der so Bevollmächtigte unmittelbar Vertreter der Gewerkschaft wird, nicht bloß Vertreter des Repräsentanten. Ein Rechtsgeschäft, das der Repräsentant im eignen Namen mit diesem für die Gewerkschaft handelnden Bevollmächtigten vornimmt, verstößt deshalb nicht gegen § 181. Außer der zweifellosen formellen Ausscheidung des § 181 liege auch eine Ausscheidnng desselben dem Sinne nach hierbei vor. Denn, führt das Kammergericht aus, maßgebend für das Verbot des Selbstkontrahierens ist allerdings die Gefahr eines Interessenkonflikts gewesen, allein daraus folgt nicht, daß, wenn die Bestellung des Vertreters des einen Kontrahenten auf eine Mitwirkung des anderen Kontrahenten zurückzuführen und deshalb etwa mit der Möglichkeit einer Kollision zwischen Vertreter und anderen Kontrahenten zu rechnen ist, rechtlich ein Selbstkontrahieren

des letzteren als vorhanden anzusehen ist. Die Möglichkeit einer Kollision zwischen dem Vertreter der einen Partei und der Gegenpartei liegt stets vor, auch wo letztere auf die Bestellung des Vertreters nicht eingewirkt hat. Dadurch wird aber die Personenverschiedenheit der Kontrahenten nicht berührt. Wie sich der Vertreter die Überzeugung verschafft, daß seine Willenserklärung dem Interesse des Vertretenen entspricht, ist seine Sache. Dafür ist er dem letzteren verantwortlich. Auch Planck sagt in Anm. 1 zu § 181, daß man in einem Verfahren der gedachten Art schwerlich wird eine Handlungsweise erblicken können, die in fraudem legis erfolgt ist. Das Kammergericht wendet sich weiter gegen den dieser Argumentation entgegengestellten Einwand, enthalten in O.L.G.R. Rspr. 7, S. 8, Anm. 1 und sagt, es käme für die Gefahr der Interessenkollision nicht darauf an, ob rein äußerlich eine oder zwei Personen einen Willen erklären, der zwar rechtliche Wirkungen direkt für und gegen die vertretene juristische Person erzeuge, der aber immerhin alleiniger Wille des Substituenten, nicht selbständiger Wille des Substituten sei, sondern daß es zum Ausschlusse der Interessenkollision eines unabhängigen Vertreters bedürfe und erklärt diesen Einwand für eine Verwechselung vom Willen selbst und Willensmotive. Der erklärte Wille ist nicht weniger der Wille des Erklärenden, weil letzterer in seinen Entschließungen durch einen anderen beeinflußt ist. Ja, sogar wenn der Wille durch Drohung beeinflußt ist, ist die Willenserklärung nicht ohne weiteres nichtig, sondern nur anfechtbar. Im übrigen besteht ebensowenig eine Präsumption dafür, daß, wenn ein Unterbevollmächtigter namens des Auftraggebers mit dem Bevollmächtigten kontrahiert, sein Wille durch letzteren beeinflußt ist, wie umgekehrt dafür, daß der direkt Bevollmächtigte, wenn er mit einem Dritten kontrahiert, durch dessen Willen nicht beeinflußt ist.

Bedeutungsvoll, jedoch nicht in Widerspruch mit der soeben erörterten Theorie ist ein Urteil des R.G., enthalten in Bd. 56, S. 107 ff., der Entscheidungen. Es handelte sich

hier um folgendes. An einem privatschriftlichen Vorvertrage über die Errichtung einer Gesellschaft mit b. H. vom 19. VI. 1901 hatte sich A. im eignen Namen mit einer Stammeinlage von 7000 ℳ beteiligt. Bei dem 10 Tage später vollzogenen notariellen Gründungsakte aber trat er im Namen seines Bruders auf und zwar unter Überreichung einer von diesem auf ihn ausgestellten notariell beglaubigten Generalvollmacht d. d. Wreschen 13. VIII. 1896. Der Registerrichter beanstandete dies und verlangte Beibringung einer gehörig beglaubigten Spezialvollmacht, verfügte aber gleichwohl die Eintragung der Gesellschaft, nachdem der Notar, der den Gründungsakt aufgenommen, die Nachlieferung der Spezialvollmacht versprochen hatte. Zu einer solchen Nachlieferung ist es indes nicht gekommen. Dagegen wurden am 8. und 9. X. 1901 vor demselben Notar zwei Veräußerungsakte über den fraglichen Geschäftsanteil vollzogen. In dem ersten übertrug ihn A. als Generalbevollmächtigter seines Bruders auf seine (A.'s) Ehefrau und in dem zweiten die Ehefrau wiederum auf A. selbst. Auf Grund dieser, auch der Gesellschaft vorgelegten Urkunden nahm der Geschäftsführer den A. als Gesellschafter in die Anfang 1902 bei der Registerbehörde eingereichte Liste auf und der Registerrichter verfügte, daß von der Beibringung einer Spezialvollmacht des Bruders Abstand zu nehmen sei. Der Bruder machte nun später anläßlich einer Pfändung des A.'schen Anteiles in einer Klage geltend, daß dieser Geschäftsanteil nicht seinem Bruder A., sondern ihm selbst zustehe, denn die Akte vom 8. und 9. X. 1901 seien nur zum Scheine und zur Umgehung des § 181 vollzogen. Hiergegen wurde von gegnerischer Seite eingewendet, daß A. den Geschäftsanteil von Anfang an für sich und mit eignen Mitteln erworben und seinen Bruder nur vorgeschoben habe, um den Anteil den Zugriffen seiner Gläubiger zu entziehen. Das L.G. und O.L.G. Hamburg erkannten auf Abweisung der Klage, weil sie annahmen, daß der Kläger durch den in ordnungsmäßiger Form vollzogenen Übertragungsakt vom 8. X. 1901 sein Recht an dem Geschäfts-

anteile auf die Ehefrau A. übertragen habe, und diese Übertragung sei kein Scheingeschäft gewesen und habe auch nicht gegen § 181 verstossen. Das R.G. erklärte dieses Urteil für verfehlt: Schon aus dem feststehenden Sachverhalte, wonach die Übertragungsakte nur vorgenommen wurden, um bei der Registerbehörde den Nachweis zu führen, daß der Geschäftsanteil jetzt dem A. zustehe, und die Beibringung der Spezialvollmacht entbehrlich zu machen, ist abzuleiten, daß nach der Absicht der Beteiligten die Übertragung des Anteils an die Ehefrau ohne alle selbständige Bedeutung sein sollte und nur die Möglichkeit schaffen sollte, nunmehr eine Übertragung an A. selbst in Szene zu setzen. Wird ferner berücksichtigt, daß die Eheleute A. in allgemeiner Gütergemeinschaft lebten, so daß eine unter ihnen vorgenommene Übertragung nach § 1438 B.G.B. ohne rechtliche Bedeutung erscheint, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Akte vom 8. und 9. X. 1901 nichts weiter bezweckten, als die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, der auf Grund der Vollmacht des A. kraft der gesetzlichen Vorschrift eben nicht herbeigeführt werden konnte. Es erklärte demnach die am 8. und 9. X. 1901 geschlossenen Rechtsgeschäfte für nichtig und stellte hiermit den wichtigen Rechtssatz auf, daß Zwischenschieben von Mittelpersonen, lediglich zum Schein, das Gesetz nicht unwirksam machen könne.

IV. Wirkung des § 181 auf einzelnen besonderen Rechtsgebieten.

A. Mit Bezug auf § 873 des B.G.B.

1. Bei Übertragung von Grunddienstbarkeiten.

Grunddienstbarkeiten sind solche Dienstbarkeiten, welche bestimmt sind, den Interessen eines Grundstücks zu dienen. Dieselben können ihrem Inhalte nach positive oder negative sein, d. h. solche, kraft deren der Wille des Berechtigten

in positiver Richtung oder in negativer Richtung maßgebend für die Sache ist. Die positive Dienstbarkeit berechtigt den Berechtigten zu einem Tun und verpflichtet den Eigentümer des dienenden Grundstücks zu einem Leiden. Die negative Dienstbarkeit berechtigt den Berechtigten zu einem Verbieten und verpflichtet den Eigentümer zu einem Nichttun. Das K.G. und das R.G. haben Anträge je eines Eigentümers zweier Grundstücke, welche an dem einen zugunsten des anderen eine Grunddienstbarkeit bestellen wollten, abgelehnt (vgl. E.R. 47, S. 209; E.K. 5, S. 74). Sie erklärten, daß nach dem B.G.B. § 873 und den Motiven im ersten Entwurfe für den Erwerb einer Grunddienstbarkeit ein zweiseitiges Rechtsgeschäft erforderlich sei und die einseitige Erklärung des Eigentümers der beiden in Betracht kommenden Grundstücke die Einigung nicht ersetzen könne, auch § 181 entgegenstehe, nach welchem niemand im eignen Namen mit sich selbst ebenfalls im eignen Namen ein Rechtsgeschäft schließen kann, falls dies nicht etwa im Gesetz in Ausnahmefällen besonders gestattet ist. Als eine solche Ausnahmebestimmung wird § 1009 betrachtet, nach welchem die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks, sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zugunsten der jeweiligen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstückes nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört. Diese Ausnahmebestimmung vom § 181 hat darin ihren Grund, daß der Miteigentümer nicht bloß mit sich selbst, sondern zugleich auch mit den anderen Miteigentümern kontrahiert. § 1018 kann nicht zur Begründung einer weiteren Ausnahme vom § 181 angeführt werden, da aus den folgenden Paragraphen sich ergibt, daß für das durch die Grunddienstbarkeit begründete Verhältnis zwei Personen vorausgesetzt werden, nämlich der Berechtigte und der Eigentümer des belasteten Grundstückes, daß demnach eine Grunddienstbarkeit nur an einem fremden Grundstücke besteht.

Denselben Grundsatz vertritt Windscheid in den Pandekten, Bd. 1, § 200, nach dem Grundsatze, nulli res sua servit.[1]) Der Eigentümer hat als solcher jedes Recht, welches möglicherweise den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden kann; aber er hat es nicht als Dienstbarkeit, sondern als Stück seines Eigentums. Windscheid erklärt es (Pandekten Bd. 1 9. Aufl. § 200 Anm. 4 S. 1025) für wünschenswert, daß der Alleineigentümer eines Grundstücks es mit einer Dienstbarkeit zu Gunsten eines anderen ihm gehörigen Grundstücks belasten könne, aber nach dem geltenden Recht wäre es unstatthaft. Er erklärt, daß die Meinung sich hören lassen könne, daß die Dienstbarkeit im voraus eingetragen werden könne, aber erst Existenz gewänne, wenn der Eigentümer das eine Grundstück veräußert und sich nun mit dem neuen Eigentümer über die Begründung der Dienstbarkeit einigt. Noch weiter geht Ihering (siehe Jahrb. für Dogmatik Bd. 10, S. 492), indem er die Sicherstellung des künftigen Rechts auf dem Wege der Eintragung vermittels des wohlbekannten Mechanismus der Gebundenheit der Sache für einen künftigen Rechtszweck vertritt. Es wird nach seiner Ansicht durch den gemeinschaftlichen Eigentümer der Keim des Rechts gelegt und dieses nun durch die Behörde gebunden, da der Eintrag sich nur durch Löschung, die nicht er selber, sondern nur die Behörde vornehmen kann, wieder rückgängig machen läßt.

Ein praktisches Bedürfnis hierfür wird man in vielen Fällen ohne weiteres anerkennen müssen, wenn man den von Ihering angeführten Beispielsfall betrachtet. Es will hier der Eigentümer von zwei Grundstücken A. und B., die so gelegen sind, daß man von A. nur über B. an den öffentlichen Weg oder Fluß gelangen kann, das Grundstück B. verpfänden. Läßt er auf letzteres nicht vorher zugunsten des Grundstücks A. eine Wegegerechtigkeit eintragen, so hat, wenn das Gut B. zum Verkauf kommt, der Käufer desselben diese nicht zu dulden. Denn es geht, da der

[1]) D. 8, 2 l. 26.

Eigentümer die Servitut nicht ins Leben rufen kann, sie mithin auch in dem Moment, wo der Pfandgläubiger das Grundstück verkauft, nicht existiert, dasselbe frei auf den Käufer über.

Das B.G.B. hat, wie schon vorhin erläutert, den § 873 bereits durch den § 1009 durchbrochen, ferner zeigt der § 889 in noch weiterem Maße, daß die Unzulässigkeit eines dinglichen Rechtes am eignen Grundstücke als keine unbedingte zu betrachten ist, indem hier festgestellt wird, daß ein Recht an einem fremden Grundstücke nicht dadurch erlischt, daß der Eigentümer des Grundstückes das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstücke erwirbt. Sonach dürfte es auch als gerechtfertigt erscheinen, den § 1018 den praktischen Verkehrsbedürfnissen entsprechend in dem oben angegebenen Sinne auszulegen und darauf bezüglichen Anträgen keine Schwierigkeiten entgegenzusetzen, wenn Interessen Dritter, z. B. vorhandene Hypothekengläubiger nicht berührt werden oder die letzteren, soweit dies der Fall ist, ihre Zustimmung erteilt haben.

2. Bei Auflassungen.

Auch für Auflassungen ist nach § 873 B.G.B. die Einigung der Parteien für den Eintritt der Rechtsänderung notwendig, so daß auch für diesen Rechtsfall die Bestimmungen des § 181 Platz greifen. Demgemäß hat das O.L.G. Hamburg (siehe Entsch. der fr. G. Bd. 2, S. 147) und ebenso das Kammergericht (dasselbe Bd. 3, S. 97) die Umschreibung des Eigentums an dem einer offenen Handelsgesellschaft gehörenden Grundstück auf den Namen eines bisherigen Teilhabers, der bei der Auflösung der Gesellschaft das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hat, und das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt, abgelehnt. Denn es sei in diesem Falle Einigung nach § 873 B.G.B. erforderlich und nicht nur Umschreibung im Wege einer Berichtigung des Grundbuches auf alleinigen Antrag des Berechtigten. Um eine gültige Einigung in diesem Falle zu ermöglichen, wäre es notwendig, daß der das Geschäft

mit Aktiven und Passiven übernehmende Gesellschafter Eigentümer der Gesellschaftsgrundstücke nur durch Auflassung werden könne, die ihm von der durch den abgefundenen Gesellschafter vertretenen, zu diesem Zwecke als fortbestehend gedachten Gesellschaft als Bucheigentümerin zu erteilen ist. Denn das andere Verfahren charakterisiere sich als ein Vertrag mit sich selbst, der nach § 181 unzulässig ist.

Genannten Erwägungen entsprechend ist vom bayrischen Obersten Landesgericht in einer Entscheidung vom 11. VII. 1900 (Bd. 1, S. 394) es für zulässig erklärt worden, daß die Inhaber einer offenen Handelsgesellschaft das gesamte Vermögen dieser Gesellschaft als Ganzes auf eine neu zu gründende Aktiengesellschaft als ihre Einlage für diese übertragen und gleichzeitig für sich deren Werte entsprechende Gegenleistungen in Aktien, Prioritäten etc. ausbedingen. Denn die offene Handelsgesellschaft bestand noch zur Zeit der Gründung der Aktiengesellschaft und wurde gerade auch zu dem Zwecke noch aufrecht erhalten, als letzten Akt ihrer Tätigkeit nach außen das bis dahin besessene Grundvermögen und andere Vermögen der neu gegründeten Aktiengesellschaft zuzuführen. Die Vertreter der offenen Handelsgesellschaft hätten daher bei der Schließung eines einheitlichen Vertrages eine rechtlich durchaus gestattete Doppelstellung eingenommen, nicht aber mit sich selbst kontrahiert. Sie haben nämlich als für sich und zugleich als für die von ihnen vertretene offene Handelsgesellschaft und in deren Namen gehandelt, und zwar so, daß sich deutlich erkennen ließ, welche Rechtshandlungen sie für sich und welche für die offene Handelsgesellschaft vornahmen.

Daß jemand ferner auch in dem Falle das Eigentum erwirbt, wenn er bei einer zur zwangsweisen Durchführung seines Anspruchs abgehaltenen öffentlichen Versteigerung mitbietet und selbst den Zuschlag erhält, wenn er von dem bisherigen Eigentümer die Vollmacht erhalten hatte, die Auflassungserklärung dem künftigen Erwerber gegenüber

abzugeben, ist ebenfalls vom bayrischen Obersten Landesgericht in einer Entscheidung vom 19. IX. 1903 (siehe Entsch. Bay. Bd. 4, S. 632) ausgeführt worden. Es war nämlich den Verkäufern eines Grundstücks das Recht eingeräumt, falls die Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Rückstande blieben, das Grundstück gemäß Art. 202 des bayrischen Ausführungsgesetzes zur Z.P.O. und K.O. versteigern zu lassen und ihnen von den Käufern Vollmacht erteilt, die Auflassungserklärung dem künftigen Erwerber gegenüber abzugeben. Als dieser Fall eingetreten war, waren infolgedessen diese bisherigen Käufer, sofern der erzielte Erlös ihre Schuld nicht überstieg oder sie wegen des etwaigen Mehrerlöses befriedigt waren, verpflichtet, zur Auflassung des Grundstückes mitzuwirken. Aus dieser Verpflichtung ergibt sich gemäß § 181 die Berechtigung der Auktionskäufer, d. h. der ursprünglichen Verkäufer, von der ihnen erteilten Vollmacht bei der Auflassung des Grundstücks an sich selbst Gebrauch zu machen.

3. Bei Bestellung einer Eigentümerhypothek.

Die Eigentümerhypothek muß ebenso wie die wirkliche Hypothek die gültige Bestellung der Hypothek zur Voraussetzung haben. Da nun zur Begründung eines Hypothekenrechts für den Gläubiger gemäß § 873 die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger über die hypothekarische Belastung des Grundstücks erforderlich ist, so muß die Eintragung einer Hypothek auf Grund einer solchen Einigung erfolgt sein, wenn aus ihr eine Eigentümerhypothek entstehen soll. Es ist allerdings auch in der Wissenschaft die entgegengesetzte Lehre vertreten (Fuchs, Grundbuchrecht I, S. 521, 666), daß für die Eigentümerhypothek die einseitige Eintragsbewilligung des Eigentümers genügen müßte, weil nach § 1196 auch zur Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer nur die Erklärung des letzteren gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich ist. Die Ver-

treter dieser Lehre meinen daher, daß, weil der Eigentümer gemäß § 1177 Abs. 1 die Hypothek als Grundschuld erwerbe, wenn sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, es zur Entstehung der Eigentümerhypothek genügen müsse, wenn die Voraussetzungen einer Eigentümergrundschuld gemäß § 1196 vorläge. Allein erstens enthält § 1196 gegenüber der auch für die Eintragung einer Grundschuld gemäß § 873 geltenden Regel, daß eine Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger erforderlich ist, eine Ausnahmevorschrift, die ihren Grund darin hat, daß bei der Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer ein Vertragsgegner fehlt und dann unterscheiden sich Grundschuld und Eigentümerhypothek doch wesentlich durch das Fehlen der Forderung bei der ersteren. Somit liegt in der Verschiedenheit des Charakters auch die Verschiedenheit der Form begründet. Über die rechtliche Bedeutung der letzteren sagt Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 10, S. 457, daß für das Recht stets der Gesichtspunkt der ihm von Anfang an gegebenen Bestimmung maßgebend bleibe, und es wäre eben die Natur und Bestimmung dieser Rechte, daß für sie nur die Form entscheidet, somit alles, was aus letzterer nicht ersichtlich ist, für sie gar nicht in Betracht kommen soll. So lange der Untergang des Rechts nicht aus der Form selber sich ergibt, dauert das Recht seiner Bestimmung zufolge unverändert fort. Es erscheint demnach auch hieraus eine Identifizierung von Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld für unzulässig.

Auf die Ansicht derjenigen, z. B. Predari[1]), Turnau-Förster[2]), noch einzugehen, welche annehmen, daß für die Eintragung eines dinglichen Rechtes die einseitige Erklärung des leidenden Teils genüge, d. h. daß eine Eintragung erfolgen könne, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht

[1]) Predari, Grundbuchordnung S. 112.

[2]) Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht II, S. 115 unten.

von ihr betroffen wird und der Grundbuchrichter nicht die Annahmeerklärung des anderen Teiles zu verlangen habe, erübrigt sich, da diese Ansicht einen Widerspruch mit § 873 B.G.B. darstellt, letzterer jedoch bei vorliegender Betrachtung zugrunde gelegt ist.

B. Im Familienrecht.

Große Bedeutung haben hier die so vielfach im B.G.B. genannten Zustimmungen und Einwilligungen im ehelichen Güterrecht bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft. (Vgl. die §§ 1448, 1449 und 1478 u. a.) Inwieweit der überlebende Ehegatte bei fortgesetzter Gütergemeinschaft für die minderjährigen Kinder befugt ist, eine zu erteilende Zustimmung oder Einwilligung als gesetzlicher Vertreter selbst zu erteilen, muß sich darnach richten, ob die Einwilligung sich nur als eine Mitwirkung für ein von ihm vorzunehmendes Rechtsgeschäft, oder ob sie als eine an ihn gerichtete Erklärung in einem Rechtsgeschäft mit ihm sich darstellt. Es erscheint begründet, daß nur für diese Fälle sinngemäß § 181 Anwendung finden kann und nicht, wie Planck in seinem Bande 4, § 1487 Anm. 16 sagt, daß stets zum Zwecke der Erteilung der Zustimmung ein Pfleger bestellt werden muß, wenn der überlebende Ehegatte gesetzlicher Vertreter eines Abkömmlings ist, da nach seiner Ansicht die Erteilung der Zustimmung als eine mittelbare Verfügung zu betrachten ist, und demnach der gesetzliche Vertreter des Abkömmlings, soweit ein solcher nach den Grundsätzen der elterlichen Gewalt oder des Vormundschaftsrechts der Genehmigung des Beistandes, Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts bedarf, dieser Genehmigung auch zur Erteilung der Zustimmung zur Verfügung des Ehegatten bedarf. Auch Staudinger in seinem Kommentar zum B.G.B., 2. Aufl. Bd. 4, Erl. 3 z. § 1487 lit. b, vertritt dieselbe Ansicht wie Planck. Anderer Ansicht dagegen sind Cosack, Bürgerl. Recht, Bd. 2, § 325 z. Note 3 b, Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. 4, S. 201. Letzterer Ansicht schließt sich auch das Kammer-

gericht, sowie das bayrische Oberste Landesgericht an (vgl. Entsch. Fr. Gr., Bd. 5, S. 26), indem beide Gerichtshöfe annehmen, daß, wenn die Einwilligung minderjähriger Kinder durch eine an den Vater gerichtete Erklärung erteilt werden soll, dieser nach den §§ 181, 1630, 1795 die Kinder dabei nicht vertreten kann, es müßte hierfür nach § 1909 ein Pfleger bestellt werden. Dagegen ist der Ehegatte nicht behindert, die Einwilligung namens der Kinder zu erteilen, wenn sie in anderer Weise als durch ein mit ihm vorzunehmendes Rechtsgeschäft erfolgen soll. Die entgegengesetzte Ansicht, daß in den Fällen der §§ 1444 bis 1446, 1487 zur Erteilung der Einwilligung immer ein Pfleger zu bestellen sei, findet im Gesetz keine Stütze. Eine solche Vorschrift war auch entbehrlich, weil der überlebende Ehegatte als gesetzlicher Vertreter anteilsberechtigter Kinder zum Abschluß bestimmter Rechtsgeschäfte gemäß § 1643 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf und diese, wenn das Interesse des überlebenden Ehegatten zu dem der Kinder in einem erheblichen Gegensatze steht, ihm in Gemäßheit der §§ 1630 und 1796 die Vertretung entziehen kann; Schenkungen, die unter § 1446 fallen, aber nach § 1641 außerhalb der Vertretungsmacht des Vaters oder der Mutter liegen. Ist demnach dem überlebenden Ehegatten die Vertretung nicht entzogen, so kann er die Einwilligung der Kinder dem anderen Teile erklären, die insoweit, als sie für den anderen Teil bestimmt ist und eine an ihn gerichtete Erklärung ersetzt, von der Vorschrift des § 181 nicht berührt wird.

Sinngemäß hat das Kammergericht (siehe Entsch. Fr. Ger., Bd. 2, S. 110—112) entschieden, daß die Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen zwei Minderjährigen und dem überlebenden Ehegatten, wenn das Rechtsgeschäft außerdem auch noch zwischen den beiden Minderjährigen als eine Auseinandersetzung dieser sich darstellt, unstatthaft ist, sobald die beiden Minderjährigen hierbei nur durch einen Pfleger vertreten werden. Denn der § 181 bestimmt, daß nur jemand als Vertreter zweier Personen zwischen diesen

kontrahieren kann, wenn es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, oder wenn es ihm durch das Gesetz oder durch die Vollmacht (ausdrücklich oder stillschweigend) gestattet ist. Da die Zuwiderhandlung, wie das Kammergericht ausführt, mit Nichtigkeit bedroht ist, muß, wie oben erklärt, verfahren werden.

Dagegen ist vom bayrischen Obersten Landesgericht entschieden worden (siehe Entsch. Bay., Bd. 4, S. 380), daß eine Mutter, die ihren verstorbenen Ehemann mit ihren Kindern beerbt hat, nicht gehindert ist, für ihre Kinder Zustellungen entgegenzunehmen, welche die Pfändung ihres (der Mutter) Anteils an der Erbschaft betreffen, so lange nicht das Vormundschaftsgericht ihr wegen Interessengegensatzes die Vertretung der Kinder entzogen hat. Denn die Entgegennahme der Zustellung sei nicht ein Rechtsgeschäft zwischen Mutter und Kind, bei dem die Vertretungsbefugnis der Mutter nach dem im Abs. 2 des § 1795 vorbehaltenen § 181 ausgeschlossen sei. Auch sei § 1909, welcher die Fälle der Pflegschaft neben elterlicher Gewalt bestimmt, nicht verletzt; die Fälle ernstlicher Verhinderung des Gewalthabens, welche im § 1630 Abs. 2 in Verbindung mit § 1686 durch Verweisung auf die für den Vormund geltenden §§ 1795 und 1796 bestimmt sind, treffen ebenfalls für vorliegenden Fall nicht zu, und ob die Interessen der Mutter zu denen ihres Kindes in einem Gegensatze stehen, ist belanglos, so lange das Vormundschaftsgericht von der ihm nach § 1796 in sein Ermessen gestellten Befugnis, ihr deshalb die Vertretung zu entziehen, keinen Gebrauch gemacht hat.

So klar die Rechtssprechung der Obersten Gerichtshöfe hier die Wege gewiesen hat, so unsicher erscheint trotzdem auf diesem Gebiete die Rechtslage, da wie vorher angeführt wurde, die reine Theorie zu verschiedener Auffassung gelangen kann. Da aber gerade auf Grund dieser Rechtsfrage sich zahlreiche vermögensrechtliche Akte abspielen, welche der Mitwirkung der Grundbuchrichter bedürfen, und diese schon mit Rücksicht auf ihre Haftung

für Versehen im Grundbuchverkehr ganz besondere Vorsicht walten lassen, so würde es als empfehlenswert erscheinen, die von den Obersten Gerichtshöfen vertretene Ansicht in schärfer ausgeprägtere Form zu bringen. Es würde so in mancher Weise eine Erleichterung im Geschäftsverkehr erreicht werden, wo jetzt erst langwierige Verfahren zur Beseitigung in den Weg gelegter Schwierigkeiten sich als notwendig erweisen.

C. Im Erbrecht.

Wie im Handelsrecht die Stellung des Kommissionärs sich nicht vollständig mit derjenigen eines Vertreters deckt, so ist auch im Erbrecht diejenige des Testamentsvollstreckers nicht schlechthin als diejenige eines Vertreters zu betrachten. Das B.G.B. hat zum ersten Male eine eingehende gesetzliche Regelung des auf älterem deutschen Rechte beruhenden Instituts des Testamentsvollstreckers unternommen, welches bis dahin in den bisherigen Landesgesetzgebungen nur eine dürftige Regelung gefunden hatte und daher seine Ausbildung vorzugsweise der Rechtsprechung und Wissenschaft verdankte. Die im Entwurf I § 1903 Abs. 1[1]) gebrauchte Bezeichnung des Testamentsvollstreckers als gesetzlichen Vertreters des Erben ist in der entsprechenden Vorschrift der jetzigen §§ 2212 und 2213 gestrichen worden und es findet sich weder im B.G.B. noch in dessen Nebengesetzen ein ausdrücklicher Hinweis auf eine bestimmte Auffassung; die zweite Kommission[2]) hat die Auffassung, daß der Testamentsvollstrecker den Erben vertrete, ebenfalls wiederholt abgelehnt und ihm eine über diesen Standpunkt weit hinausgehende, sehr freie und selbständige Stellung mit umfassenden Machtbefugnissen gegeben. Die Konstruktion der Testamentsvollstreckung hat aber das B.G.B. der Rechtswissenschaft überlassen und so sind über die rechtliche Natur derselben die verschiedensten Theorien

[1]) Sitzungsprot. d. 2. Lesung, 5. Buch I, S. 7053.

[2]) Desgl. S. 7049, 7057, 7058, 7062, 7086.

aufgestellt worden. Cosack[1]) und Jäger[2]) bezeichnen den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses, Endemann (III, § 52 S. 222 u. § 53 S. 225) verwendet zur Konstruktion das fiduziarische Rechtsverhältnis, ebenso Dernburg (Bürgerl. Recht I, S. 502), welcher erklärt, daß der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter des Erben, auch nicht des Erblassers ist, vielmehr selbständige Befugnisse zur Verwirklichung des letzten Willens des Erblassers bezüglich des Nachlasses hat und demnach Treuhänder zur Wahrung einer sozialen Aufgabe ist. Die meisten Anhänger hat die von Planck (Bürgerl. Recht V, S. 380/81) entwickelte Lehre gefunden, wonach von der Annahme eines Vertretungsverhältnisses ganz abgesehen werden müsse und das Rechtsverhältnis dahin zu bestimmen sei, daß der Testamentsvollstrecker seine Befugnisse zu eignem Rechte habe, sie daher auch in eignem Namen ausübt und zwar auf Grund des vom Gesetze getragenen letzten Willens des Erblassers und zum Zwecke der Vollziehung dieses Willens. Der Testamentsvollstrecker hat aber seine Befugnisse nicht zu seinem Nutzen, sondern im Interesse anderer, sei es des Erblassers, sei es eines Überlebenden. Seinen Rechten stehen Pflichten gegenüber, deren Erfüllung nicht nur durch die Treue des Testamentsvollstreckers, sondern soweit dies möglich, auch durch rechtlichen Zwang gewährleistet wird und in diesem Sinne spricht das B.G.B. (§ 2197 pp.) von dem Amte des Testamentsvollstreckers. Gegenüber dieser Machtstellung des Testamentsvollstreckers ist jedoch der Erbe Subjekt des Nachlasses geblieben und es ist dafür gesorgt, daß dieser auch im praktischen Ergebnisse nicht ganz aus seiner Stellung verdrängt werde. Dieser im Vorstehenden entwickelten Auffassung der Testamentsvollstreckung haben sich im wesentlichen Strohal[3]), Frommhold[4]),

[1]) Cosack, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 1. u. 2. Aufl. Bd. V, S. 754, II.

[2]) Jäger, Erbenhaftung im Nachlaßkonkurs (1898) S. 40 Anm. 14.

[3]) Strohal, Erbrecht, 2. Aufl. S. 162.

[4]) Frommhold, Erbrecht, S. 191, 194.

Fischer-Henle[1]) angeschlossen, und ebenso hat auch das R.G. in neuerer Zeit den Vertretungsstandpunkt verlassen und sich dahin ausgesprochen, daß der Testamentsvollstrecker selbständig Rechte und Pflichten ausübe, die ihm durch das Testament zwecks Ausführung des letzten Willens übertragen seien (Entsch. d. R.G. Bd. 32, S. 153). Diesen Erwägungen weiter folgend hat das R.G. entschieden (Bd. 58, S. 300), daß, wenn zwei Testamentsvollstrecker ohne nähere Bestimmung ihrer Verwaltungsbefugnisse eingesetzt sind, und ihr Amt übernommen haben, einem Rechtsgeschäfte zwischen ihnen, wonach der eine an den anderen ein Nachlaßgrundstück veräußere, der § 181 nicht entgegenstehe. In demselben Sinne hat es auch entschieden (siehe Jur. Wochenschr. 1905, S. 489), daß ein Testamentsvollstrecker, der gleichzeitig Miterbe ist, das Recht besitzt, sich selbst einen Grundstücksanteil aufzulassen. Denn der Testamentsvollstrecker ist, wie auch Planck, Bd. 5, S. 396 Anm. 1 und 2 c erklärt, zur Verhandlung mit den Erben behufs Auseinandersetzung befugt, kann demnach nicht ihr Vertreter sein. Somit fehlt es an den Voraussetzungen des § 181 und daher steht nichts im Wege, daß der Testamentsvollstrecker einen anderen als Vertreter bestellt mit der Befugnis, in seinem, des Testamentsvollstreckers Namen, mit sich als Bevollmächtigter der Erben den Auflassungsvertrag zu schließen.

Andererseits ist vom Kammergericht (Bd. 4, S. 64) die Unzulässigkeit der Löschung einer Hypothek ausgesprochen auf Grund einer Quittung und Löschungsbewilligung, die der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Gläubigers aufgestellt hat, wenn er zugleich Testamentsvollstrecker des Eigentümers ist. Das Kammergericht will daraus, daß der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter im Sinne des § 181 ist, nicht abgeleitet wissen, daß er in Ausübung seines Amtes und in Wahrnehmung der Interessen des

[1]) Fischer-Henle, Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 2. Aufl., Vorwort zu § 2197.

Nachlasses mit sich im eignen Namen ein Rechtsgeschäft vornehmen darf. Ebenso darf er auch nicht, wenn er zugleich von einem anderen Erblasser zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, mit sich selbst in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker dieses anderen Erblassers kontrahieren. Die Interessenkollision besteht in letzterem Falle entsprechend dem Verbote des § 181, wonach jemand auch gleichzeitig als Vertreter beider Beteiligten einen Vertrag nicht schließen darf. Entsprechend den im § 181 vorgesehenen Ausnahmen müssen auch hier solche Rechtsgeschäfte zu zählen sein, die ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen. Die Löschungsbewilligung wird hier aber als Aussage in eigner Sache betrachtet, entbehrt daher im Grundbuchverkehr der Beweiskraft, so daß der Nachweis fehlt, daß die Löschungsbewilligung zur Erfüllung eines dem Eigentümer zustehenden Anspruchs hierauf zu erklären ist. Aus ähnlichen Gründen unter Berufung auf § 181 B.G.B. hat das Kammergericht (siehe Bd. 3, S. 45) die Löschung einer Hypothek für unzulässig erklärt auf Grund einer Quittung und Löschungsbewilligung, die der Eigentümer des belasteten Grundstückes als Testamentsvollstrecker des eingetragenen Gläubigers ausgestellt hat.

Aus allem Vorhergegangenen ist der Schluß zu ziehen, daß der Testamentsvollstrecker, wenn er auch nicht direkt als Vertreter im Sinne des § 181 zu betrachten ist, doch mit Rücksicht auf die Gefahr des Interessenkonflikts bei Ausübung seines Amtes, wenn für ihn nicht abweichende Bestimmungen gelten, seien es besondere gesetzliche oder der ausdrückliche Wille des Erblassers, im allgemeinen zur Ausübung seines Amtes unfähig wird, wie es der Richter wird, der in eigner Sache entscheiden soll oder der Urkundsbeamte, der in eigner Sache eine Urkunde aufnehmen soll.

V. Schlußbetrachtung.

Schon zum Schlusse des Teiles II A ist gesagt worden, daß der § 181 des B.G.B. eine grundsätzliche doppelte Auslegung sowohl in der Wissenschaft als auch in der Rechtsprechung erfahren hat. Dies liegt darin, daß die eine Partei aus einer Verletzung der Vorschrift Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts folgert, während die andere ein vorgenommenes Rechtsgeschäft der fraglichen Art nur insoweit für unzulässig erklärt, als die Vertretungsmacht des Handelnden wegfiel, so daß also das der gesetzlichen Vorschrift zuwider vorgenommene Rechtsgeschäft nicht nichtig war, sondern nur ein von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommenes Rechtsgeschäft, seine Wirksamkeit daher von der Genehmigung des Vertretenen abhängt. Obgleich aus der im Teil II A dargestellten Entstehungsgeschichte des § 181 hervorgeht, daß nach dem Willen der gesetzgebenden Faktoren ein Zuwiderhandeln gegen die Vorschrift mit Nichtigkeit bedroht werden sollte, so hat doch diese in den Motiven enthaltene Interpretation keine authentische Bedeutung, so daß Rechtsprechung und Wissenschaft ihrer eignen Überzeugung freien Raum geben können. Den Grundsatz der Nichtigkeit vertreten u. a. Planck,[1]) Endemann,[2]) Cosack,[3]) auch Leonhard,[4]) welcher sagt, die Unzulässigkeit rechtfertigt sich aus der Tatsache, daß jemand zwei widerstreitenden Interessen nicht zugleich genügen kann. Planck begründet den Nichtigkeitsinn der Vorschrift aus dem Gebrauche der Worte „kann nicht", gemäß der Terminologie des B.G.B. Bei der Wahl dieses Ausspruches scheint man jedoch nicht ganz konsequent vorgegangen zu sein, denn derselbe Ausdruck ist z. B. auch für den § 1795

[1]) Planck, B.G.B. 3. Aufl. I, Bem. 2 zu § 181.

[2]) Endemann, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts I, 3. u. 4. Aufl., § 80, IV.

[3]) Cosack, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, 4. Aufl. I, § 68.

[4]) Leonhard, R., Der allg. Teil des B.G.B. in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft, S. 307.

Abs. 1 gebraucht, von dessen Bestimmungen in den Motiven und Protokollen gerade das Gegenteil vom § 181 gesagt wird,[1]) nämlich daß ein Zuwiderhandeln keine Nichtigkeit zur Folge haben, sondern im Gegenteil dem Mündel bei Geschäften, die Eile erheischen, den Vorteil nachträglicher Genehmigung bieten solle, um ihn vor Nachteil zu schützen. Es ist eine derjenigen Bestimmungen, welche schon im ersten Entwurf, der wie bekannt den entgegengesetzten Grundsatz über das Selbstkontrahieren einnahm, als § 1651 als Sonderbestimmung aufgestellt war und später auch für den abgeänderten zweiten Entwurf beibehalten blieb. Auch O. Fischer im Kommentar zum B.G.B. von Fischer-Henle mißt diesem Ausdruck keine prinzipielle Bedeutung bei, denn in Anm. 6 § 181 wird gesagt, daß es sich hier nicht um ein nichtigkeitbegründendes Verbot, sondern um Einschränkung der Vertretungsmacht handle, dagegen wird in Anm. 1 zu § 1795 gesagt, wo derselbe Ausdruck „kann nicht" gebraucht wird, daß die entgegen § 1795 geschlossenen Rechtsgeschäfte nichtig sind, sie daher nicht genehmigt werden können durch den volljährig gewordenen Mündel oder durch den Pfleger. Ist demnach formell keine Begrenzung für die Auslegung des § 181 gegeben, so kann der Auslegung freier Spielraum überlassen werden. Man muß nicht nur der inneren Logik des Gesetzes zu folgen suchen, sondern auch, soweit nicht entgegengesetzte Bestimmungen dies hindern, dem modernen Zeit und Verkehrsbedürfnis Rechnung tragen. Es leuchtet ein, daß es auch der Billigkeit entspricht, wenn ein entgegen der Regel des § 181 vorgenommenes Geschäft wie andere Rechtsgeschäfte behandelt wird, die ein Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen hat. Anhänger der letzteren Theorie sind Enneccerus und Lehmann,[2]) Hölder,[3]) Dernburg,[4])

[1]) Sitzungsprotokoll der 2. Lesung, Buch IV 3, S. 6347 unten und Motive I, S. 101 und Bd. 4, S. 1088.

[2]) Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. Recht, 2. Aufl. Bd. 1, § 87, S. 223.

[3]) Hölder, Kommentar z. B.G.B. I, München 1900, zu § 181, S. 381 unten.

[4]) Dernburg, Kommentar z. B.G.B. I, S. 492.

Windscheid,[1]) Hupka[2]) u. a. Auch das Reichsgericht hat sich in seiner Rechtsprechung dieser Ansicht zugeneigt. Dasselbe erklärt in seiner Entscheidung Bd. 56, S. 107, daß die Bedeutung eines gesetzlichen Verbotes dem § 181 überhaupt nicht beigelegt werden könne, sondern es sei ein Rechtsgeschäft, welches entgegen § 181 abgeschlossen wird, rechtlich ebenso zu beurteilen, wie jede andere Vollmachtsüberschreitung und demzufolge gemäß § 177 in seiner Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertretenen abhängig. Es handle sich nur um eine dispositive Bestimmung, die eine Auslegung des Umfanges der Vollmacht oder der gesetzlichen Vertretungsmacht enthält. Auch würde es als widerspruchsvoll angesehen werden müssen, das Selbstkontrahieren des Vertreters nicht als genehmigungsfähig anzusehen, obschon es ihm ausdrücklich oder stillschweigend gestattet werden kann. In vorliegender Dissertation ist die letztere Argumentation in dem Abschnitt III A a. E. behandelt worden. Endlich spricht auch die Verwandtschaft, die die Vorschrift des § 181 mit dem in den §§ 456 und 457 geordneten besonderen Falle eines Zwangsverkaufs besitzt, sofern man den mit der Vornahme des Verkaufs im Wege der öffentlichen Versteigerung Beauftragten als Vertreter des Verkäufers ansieht, für die hier vertretene Meinung, da § 458 für diesen Fall ausdrücklich Genehmigungsfähigkeit vorsieht.

Zur Erläuterung dafür, welche verschiedenartigen Resultate die Durchführung der einen und der anderen Auslegung für die Praxis ergibt, diene das von Enneccerus und Lehmann bei dieser Erörterung vorgeführte Beispiel.[3]) A. bittet den X. um ein Darlehn, das aber X. nicht ohne Sicherheit geben will. X. ist nun zugleich Generalbevollmächtigter des abwesenden B., des Bruders des A., und da er an dessen Genehmigung nicht zweifelt, stellt er als Generalbevollmächtigter des B. sich selbst eine Bürgschafts-

[1]) Windscheid, Pand. II, § 388 a. E.
[2]) Hupka, Die Vollmacht, S. 341—344.
[3] Enneccerus-Lehmann, 2. Aufl., S. 223, Anm. 5.

urkunde aus und gibt A. das Darlehn. Der bald darauf zurückgekehrte B. genehmigt mündlich. Wenn nun bald darauf sein Bruder in Konkurs gerät, so ist nach der Theorie von der Nichtigkeit die Bürgschaft gleichwohl unverbindlich, nach der anderen Theorie bleibt sie bestehen.

Es erscheint nach allem diejenige Auffassung die richtige zu sein, welche den § 181 so auslegt, daß ein Verstoß dagegen nur vorläufig unwirksam ist, und daß da, wo nicht mit voller Wirkung für den Vertretenen gehandelt werden kann, eine Ratihabitionsmöglichkeit für denselben möglich wird.

Die Handlungsfähigkeit des Vertreters wird hierdurch eine weit größere, indem sie dem Vertreter zunächst eine Geschäftsführung ohne Auftrag ermöglicht. Es wird hierdurch in einer Reihe von Fällen dem Vertretenen mit der Herbeiführung des Schwebezustandes zu seinen Gunsten ebenso gut gedient sein als mit der Herbeiführung der vollen Wirkung. Außerdem ist auch noch zu berücksichtigen, daß der Vertreter, wenn das Bedürfnis dazu an ihn herantritt, das Schwebeverhältnis in bezug auf das Eigentum an einer Sache dadurch beendigen kann, daß er kraft seiner Vertretungsmacht Dritten gegenüber für Rechnung des Vertretenen über die Sache disponiert. Es soll hiermit gesagt sein, daß der Schwebezustand nur zwischen Vertreter und Vertretenem, also als Innenverhältnis, besteht, d. h., daß der Vertreter dem Vertretenen für seine Handlung die gebührende Rechenschaft zu leisten schuldig ist, während der Schwebezustand nach außen hin gar nicht in Wirksamkeit tritt oder erkennbar zu werden braucht.

In einem Aufsatze[1]) „Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter“ hat Przibilla diese Frage näher und mit Bezug auf den § 181 B.G.B. erläutert und ausgeführt, daß der gesetzliche oder rechtmäßige Vertreter, nachdem er zunächst für sich erworben hat, durch das constitutum possessorium (§ 930 B.G.B.) die Möglichkeit habe, für den

[1]) Iherings Jahrb. Bd. 50, S. 343 ff.

Vertretenen durch Selbstkontrahieren mittelbaren Besitz zu erwerben, indem der Erwerber durch den Veräußerer, d. h. in diesem Falle durch den Vertreter, vertreten wird.

Andererseits ist jedoch nicht zu verkennen, daß der Vertreter, wenn er ein Rechtsgeschäft vornimmt, das er nicht mit voller Wirkung herbeiführen kann, insofern in eine etwas unangenehme Lage gebracht wird, als die Abgrenzung zwischen erlaubten und unerlaubten Selbstkontrahierungsgeschäften nicht immer ganz klar sein wird. Jedoch gebührt bei Beurteilung dieser Frage der größere Schutz dem Vertretenen und dieser wird ihm unter den zuletzt geschilderten Verhältnissen in höherem Maße zuteil, gestattet ihm gegen doloses Handeln des Vertreters ein energisches Prohibitionsmittel als bei bloßer Nichtigkeit des Geschäfts.

Den Herren Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard und Professoren Dr. Schott und Klingmüller spreche ich für die gütige Förderung bei Abfassung dieser Schrift meinen besten Dank aus.

Lebenslauf.

Am 28. März 1864 wurde ich, Max Hermann Dopatka, evangelischer Religion und preußischer Staatsangehörigkeit, zu Gollub in Westpreußen als zweiter Sohn des damaligen Posthalters daselbst, jetzigen Rentiers Rudolf Dopatka in Bromberg, und seiner Ehefrau Pauline geb. Neumann (1894 verstorben) geboren. Ich besuchte die Gymnasien zu Strasburg in Westpr. und zu Thorn. Auf letzterem erhielt ich Ostern 1883 das Zeugnis der Reife. Hierauf widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft und studierte je ein Semester in Breslau und in Berlin. Darauf brach ich das Studium ab und trat am 1. Oktober 1884 als Fahnenjunker in das Pommersche Pionier-Bataillon No. 2 zu Stettin ein. Hier am 15. September 1886 zum Leutnant ernannt, verfolgte ich die militärische Karriere bis zum 1. Oktober 1906, wo mir als Hauptmann I. Klasse der von mir erbetene Abschied aus dem aktiven Militärdienst unter Verleihung der Uniform des Pommerschen Pionier-Bataillons No. 2 und Erteilung des Roten Adlerordens IV. Klasse Allerhöchst bewilligt wurde.

Als Leutnant habe ich vom 1. Oktober 1888 bis September 1890 die Königl. Ingenieurschule zu Charlottenburg besucht und erfolgte auf Grund meiner hier abgelegten Prüfungen meine Ernennung zum etatsmäßigen Ingenieur-Offizier.

Ostern 1907 habe ich unter Immatrikulation bei der Universität in Breslau meine im Jahre 1884 unterbrochenen juristischen Studien wieder aufgenommen und innerhalb von weiteren 4 Semestern bis jetzt fortgesetzt.

Vorlesungen habe ich gehört bei den Herren Professoren:

Brie, Brunner, Dahn, Eck, Engelmann, Fischer, Gierke, Gretener, Heilborn, Klingmüller, Leonhard, Meyer, Schott, Pernice, Schwanert.

Als Kompagniechef des Schles. Pionier-Bataillons No. 6 habe ich mich im Mai 1903 verheiratet und besitze zwei Söhne im Alter von $4^3/_4$ und $1^3/_4$ Jahren.